

Universidad Andrés Bello

Facultad de Derecho



Gabriela Fernanda Angel Araya

La orientación sexual de los padres y el cuidado personal de los hijos

Tesina dirigida por la profesora Alicia Castillo Saldias

Santiago de Chile

2013

ÍNDICE

Introducción.....	3
-------------------	---

Capítulo Primero

¿Qué entendemos como concepto de familia?

I. Generalidades del concepto de familia.....	6
1. Concepto legal de familia.....	7
1.1. Código Civil.....	8
1.2. Constitución Política de la República.....	10
1.3. Ley N° 19.947 (Nueva Ley de Matrimonio Civil).....	11
1.4. Convenciones de carácter internacional.....	12
2. Concepto social de familia.....	14
2.1. Evolución histórica de las concepciones sociales chilenas sobre la familia.....	15
2.2. La familia en un Estado Democrático de Derecho.....	17
a) La democracia.....	17
b) Principio de Distribución.....	18

Capítulo Segundo

“El cuidado personal de los hijos”

I. Generalidades.....	20
1. Filiación y su regulación en Chile.....	21
1.1. ¿Cómo determinar la filiación?.....	22
1.2. Efectos jurídicos de la filiación.....	23
2. Las relaciones personales dentro de la familia.....	23
2.1. Los derechos-deberes de las relaciones de familia.....	24

3.	Efectos jurídicos de las relaciones familiares.....	25
3.1.	Derecho - deber de mantener una relación directa y regular.....	25
3.2.	Derecho - deber de crianza y educación.....	26
3.3.	Facultad de corregir a los hijos.....	27
3.4.	Derecho - deber de alimentos.....	28
4.	Derecho-deber de los padres de cuidado del menor.....	28
5.	Autoridad parental o patria potestad.....	30
6.	Situaciones en que los padres se ven privados de sus derechos-deberes.....	32

Capítulo Tercero

“La orientación sexual de los padres y el cuidado personal de sus hijos”

I.	Generalidades sobre la orientación sexual.....	34
1.	Protección internacional de los derechos de las minorías sexuales.....	36
2.	Principio de Interés Superior del Niño.....	40
3.	Principio de Igualdad y no Discriminación.....	42
II.	Análisis caso jueza Karen Atala Riffo como jurisprudencia relevante.....	48
1.	Caso Jueza Atala y Principio del Interés Superior del Niño.....	49
2.	Aplicación de la causa calificada en jurisprudencia nacional.....	50
3.	Relación del Principio Interés Superior del Niño con el Principio de Igualdad y no Discriminación	56
4.	Resolución internacional.....	58
	Conclusiones finales.....	61
	Bibliografía.....	64

INTRODUCCIÓN

En la sociedad que hoy en día nos encontramos, basada en un Estado Democrático de Derecho, y además en cierto grado con una regulación dispersa del Derecho de Familia, le corresponde la responsabilidad de crianza y cuidado de los hijos al padre y a la madre en conjunto, y por lo tanto en un eventual caso de separación o divorcio como posibilidad incorporada por la “*Nueva Ley de Matrimonio Civil*”¹, ambos deben orientarse a proteger el Interés Superior del Niño, siendo así como el menor queda al cuidado de uno de ellos o de las personas que la ley señale como aptas para tal labor, en razonamiento del juez.

Por regla general, el cuidado personal de los hijos se le es atribuido a la madre, por ser considerada la persona más idónea para esta tarea, pero enfocado en el principio del “*Interés Superior del Menor*”, si se da la situación que este mismo se llegase a ver afectado al estar al cuidado de la madre, en los casos que señale la Ley de Menores se le otorga el cuidado personal al padre o a una tercera persona como se ha dado en ciertas resoluciones a los abuelos o tíos. Estas situaciones son: “*1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material*”². Siendo así como quedan reguladas estas circunstancias legalmente, pero cabe señalar que en cuanto a puntos como “un mal ejemplo para el menor” o el “daño a la moralidad del menor”, es el juez, quien basado en su criterio, debe estimar lo más conveniente para cada caso en concreto.

¹ CHILE, LEY N° 19.947 “NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004. Introduce el divorcio vincular, señalando en el capítulo IV, en su artículo 53. “*El divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella*”.

²CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, LEY N°16618 “LEY DE MENORES”, del 3 de febrero de 1967, artículo 42.

Dado el hecho que en esta sociedad surgen todo tipo de prejuicios, estereotipos y discriminaciones, desarrollados en tiempos pasados y realidades históricas anteriores, muy diferentes a la actual, se han debido implementar diversos avances legislativos en el Derecho de Familia, como por ejemplo la “*Nueva ley de Matrimonio Civil*” e incluso la “*Ley de Menores*”, los cuales resguardan en mayor grado los principios de liberalidad de las personas integrantes de nuestro Estado de Derecho, pero que de alguna forma también han incorporado en sí ciertos errores, siendo necesaria su reformatión o modificación, para lo que se requiere un replanteamiento de la problemática.

Enfocado en este tema, es que perseguiré las razones de integración en nuestra legislación de estos estereotipos y si éstos se fundamentan o se contradicen con los principios básicos del derecho en relación con el cuidado personal de los hijos, sean estos “*el Interés Superior de los Menores*” e incluso el principio constitucional de la “*Igualdad y la no Discriminación*” que en este caso puntual trata sobre la orientación sexual de los padres y su grado de influencia en los hijos, destacando si esto es perjudicial o no dentro de la causal número 6 y 7 del artículo 42 de la “*Ley de Menores*”³, que el juez toma en consideración para su resolución, causando en ciertos casos graves perjuicios en cuanto a la relación familiar, de momento que se quita arbitrariamente el derecho a los padres del cuidado de sus hijos, el cual está protegido constitucionalmente y por tratados de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.

Es así como cabe cuestionarse cuál es la importancia que tiene en el resguardo del Principio del Interés Superior del Niño la orientación sexual del padre quien tiene su cargo el cuidado personal del menor. El caso más vigente en esta temática y de gran controversia dentro de nuestra jurisprudencia nacional, y al mismo tiempo internacional, se da con las resoluciones contra la jueza Karen Atala Riffo, centrado en su homosexualidad, causa por la cual por medio de un juicio iniciado por su ex marido, perdió el cuidado personal de sus tres hijas menores de edad. Esta resolución dictada por la Corte Suprema, mueve a esta mujer a presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra el estado de Chile, denominado “CASO

³ CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, LEY N°16618 “LEY DE MENORES”, del 3 de febrero de 1967, artículo 42 (...) 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”⁴ con motivo de la relevante injusticia vivida en base a la discriminación arbitraria por su homosexualidad y convivencia con su pareja del mismo sexo, negándole sus derechos inherentes en su calidad de madre. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia el 24 de febrero del año 2012 en contra del Estado de Chile por la violación de los derechos de igualdad y no discriminación⁵, entre otros, con motivo de la cual el Estado de Chile debió reconocer públicamente su responsabilidad, dejando precedente jurisprudencial del tema tanto a nivel país, como también internacional.

El presente caso es una clara muestra de que el concepto de familia ha evolucionado con el paso de los años en cuanto a la cultura en la que vivimos y a la apertura de la sociedad, en gran medida, a pensamientos no tan restringidos como décadas atrás, dejando a vista de todos la importancia que tiene la necesidad de cambios legislativos que defiendan los intereses de las minorías sexuales dentro del Derecho de Familia, que al tener un estilo de vida diferente han sido discriminadas arbitrariamente y no se han respetado sus derechos-deberes de padre, por resguardar intereses de épocas pasadas, cada vez menos vigentes para nuestra sociedad.

⁴ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia de fecha 24 de febrero del 2012.

⁵ COSTA RICA, “CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, del 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la presente convención:

Artículo 24: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

Artículo 1.1.: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

CAPÍTULO I: ¿QUÉ ENTENDEMOS COMO FAMILIA?

I. Generalidades del concepto de familia:

El cuidado personal de los hijos es una institución dentro del Derecho de Familia, íntimamente ligada con la relación familiar, siendo una consecuencia de esta misma, por lo que para este estudio es necesario partir de la base de responder ¿qué es familia?, ya sea conceptualmente dentro de nuestra legislación, o por otro lado, como la entendemos dentro de nuestra sociedad, conceptos que muchas veces no coinciden el uno con el otro y que a la vez con el paso de los años han ido evolucionando, ampliándose o restringiéndose en distintas formas, pero globalmente llegando a un cierto consenso.

Por su parte el diccionario de La Real Academia Española (de aquí en adelante LARAE) lo define de manera global como “1. *Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*; 2. *Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*; 3. *Hijos o descendencia (...)*”⁶, dándole variados sentidos de acuerdo a los posibles intereses con que este término se puede de analizar.

La construcción y los avances de una cultura en el tiempo es lo que conlleva a la vez a la creación, modificación y supresión de la normativa legal y de la doctrina en cuanto a un concepto, basándose en razones ya sea económicas, políticas o sociales, y trascendentalmente en la costumbre, lo que hace que estas instituciones, en este caso determinado la familia, resulten más difíciles de concretar en definición, por la cantidad de intereses de diferentes ramas del Derecho que trae integrado, además de los diferentes puntos de vista con los que se puede analizar el concepto en determinado momento histórico y cultural, en particular.

Etimológicamente el análisis del concepto de familia, desarrollado por el autor René Ramos Pazos, señala que este “*procede de la voz familia, por derivación de “famulus”, que a su vez deriva de “famel”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito “vama”, hogar o habitación, significando, por consiguiente el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la*

⁶ LARAE “REAL ACADEMIA ESPAÑOLA”. (2001) Diccionario de la lengua española (22.a ed.) [en línea] <http://www.rae.es/rae.html> [29 de agosto del 2012]

*casa*⁷, dándole al concepto un sentido de cohabitación, el cual ya no es aplicable, pero es importante como base para su entendimiento.

Con todo esto, es posible afirmar que la familia como realidad y como objeto de estudio, es un fenómeno universal, presente en cualquier tipo de sociedad, y naturalmente con elementos que la diferencian, pero en ella también podemos identificar elementos comunes como lo son la unión duradera de un hombre, una mujer y sus hijos. Es así como la doctrina, específicamente el mismo profesor Ramos Pazos, señala *“La familia ha sido definida como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico”*⁸ y por su parte el autor Manuel Somarriva ante este mismo concepto, nos dice que *“familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción.”*⁹

Lo que analizaremos en el presente capítulo es el desarrollo que ha tenido este concepto, entendiendo sus elementos, su evolución y su realidad actual, ya sea de una perspectiva legal, o en cuanto a la inserción de esta institución en nuestra sociedad, la cual es determinante para juzgar como la entendemos y como la limitamos, analizando a su vez la ampliación de dicho concepto con el correr de las décadas.

1. Concepto legal de familia:

Dentro del ámbito del Derecho, podemos entender que la primera aproximación legal al concepto de familia está dentro del estudio de las bases de una política nacional sobre la misma, durante un diagnóstico social en el año 1990, donde se emite un informe en 1993 por la Comisión Nacional de la Familia, que la define como *“un grupo humano y social, constituido por la unión de un hombre y una mujer, con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, con aptitud legal para comprometerse a compartir la vida y, sobre esta base, crear un hogar, con*

⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ, “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial Jurídica, primera edición, 1993, Santiago, pág. 9

⁸RAMOS PAZOS, RENÉ, “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial Jurídica, primera edición, 1993, Santiago, pág. 9 (haciendo referencia a José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español Común y Foral”, t. V, vol. I, pág. 28).

⁹RAMOS PAZOS, RENÉ, “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial Jurídica, primera edición, 1993, Santiago, pág. 9, (haciendo referencia a “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, edición 1963, N°3, pág.10)

o sin hijos propios o adoptivos”¹⁰. En cuanto a esta definición no podemos dejar de entender que es de carácter restringido en cuanto al concepto en sí, ya que alude solo a la unión de un hombre y una mujer, no dejando cabida a otras formas distintas de familia que hoy en día se desarrollan con las mismas funciones, pero por otro lado, esta misma se transforma en una fuente importante para los posteriores debates parlamentarios que tienen como producto una normativa más rigurosa del mismo término.

1.1. Código civil:

Dentro de nuestra legislación civil no existe una definición de familia propiamente tal, salvo las definiciones que rodean el concepto de matrimonio y es en este caso donde vislumbramos el referido artículo 815 inc. 3° del Código Civil, para fines muy limitados como los son el uso y habitación, señalando: *“La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”*¹¹. Esto conlleva a un gran vacío legal dentro del Código de Bello al no comprender en dicha definición un elemento tan importante que la Constitución chilena de 1980 señala es el *“núcleo de la sociedad”*, puesto que subordina su regulación dentro del libro I, llamado *“De las personas”*, que dado por el momento histórico en el que se dictó, la familia reconocida por la sociedad se centraba en el matrimonio religioso donde el jefe de familia era siempre el marido, siendo que esto no se corresponde con la realidad actual. Y por su parte también el artículo 42 de este mismo cuerpo legal, señala *“En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número serán oídos los afines”*¹², sin desarrollar mayormente el concepto.

Es por esto que surge la problemática de la definición del concepto de familia dentro de nuestro sistema legal chileno, puesto que nos regimos por una idea contenida en una época y un estado socio-cultural bastante distinto al de hoy, que al correr de las décadas evoluciona a grandes pasos, aceptando formas de vida como la unión de hecho y

¹⁰CHILE, COMOSIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA (CNF), “Diagnostico social en el año 1990” emitiendo un informe en 1993.

¹¹CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 815, inciso 3.

¹² CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 42.

cada vez más las uniones homosexuales también como formas de familia. Estos cambios se han visto reflejados en la sociedad actual, puesto que esta institución ya no es vista como una unión religiosa, representada netamente en el matrimonio de un hombre y una mujer y mucho menos donde el “pater familia” es el jefe de esta, sino más bien cumple roles funcionales, que por lo tanto conlleva a la formación de sus integrantes, y es por esto mismo que aun la entendemos como el “núcleo de la sociedad”, de momento que propende al desarrollo de cada uno de sus miembros.

Dentro de este cuerpo legal, además, se establecen una serie de principios que apuntan a la evolución jurídica del concepto, ordenadas en razón de años pretéritos hasta hoy, siendo el más importante de estos, el que considera al matrimonio como una institución “religiosa e indisoluble”, definido en el artículo 102 del Código Civil como *“Contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y para toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*¹³, reconociendo como impedimentos para este aquellos que señale la Iglesia Católica, guardando sus solemnidades y formalidades, siendo las exigencias más preponderantes que se trate de un hombre y una mujer, en favor de un vínculo indisoluble que perdure en el tiempo, rigidizando en todas sus formas el concepto mismo.

Años después se seculariza la institución del matrimonio, mediante la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884, pero solo en 1865 se comienzan a poner en práctica estos avances, respetando el derecho constitucional de “Libertad de Culto”, permitiendo que parte de la sociedad de aquella época ejerza sus preferencias, siendo el último y gran avance en este sentido la dictación de “La Nueva ley de Matrimonio Civil”, la cual incorpora el divorcio vincular, haciendo del matrimonio un contrato con disolución de vínculo y no indisoluble como se hablaba décadas atrás, pero aún haciéndolo posible sólo entre un hombre y una mujer.

Es así como las nuevas necesidades legislativas también deben ser resueltas, puesto que están vigentes y son necesarias, ya que todos los individuos de la sociedad merecen reconocimiento legal de sus derechos, en este caso concreto de sus derechos de padres, ya que de una manera distinta a la que comprendemos tradicionalmente por

¹³ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 120.

nuestra historia ya sea social o legal, existen otras formas de familia que también cumplen el rol funcional de propender al desarrollo de sus miembros en la mayor medida de lo posible.

1.2. Constitución Política de la República:

La Biblioteca del Congreso Nacional de nuestro país, define a la familia en forma general como *“un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción, que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye la unidad básica de la sociedad”*¹⁴, encausando el concepto en una perspectiva más amplia y con mayor aplicación a nuestros tiempos sociales.

La Constitución Política de la República de 1980, en este mismo sentido señala en su primer artículo *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”*¹⁵, por lo cual nos permite entender que dentro de este concepto también se abarcan las uniones de hecho, puesto que es evidente que dentro de este texto no existe ningún elemento que permita vincular a la familia exclusivamente con la institución de matrimonio, y es así como no la limita en ninguna de sus formas, como si lo hace el Código Civil a estar constituida por un hombre, una mujer y su descendencia, si no que solo la restringe más bien a los márgenes de un Estado Democrático de Derecho, en el que actualmente estamos insertos.

No obstante esto, el contenido de este artículo por ser tan amplio no logra solucionar la problemática de definición integrante del concepto, ya que no alcanza para lograr incorporar los diferentes tipos de familia que existen, como lo son las nucleares, las extensas, las mono parentales, aquellas formadas por mujer y hombre sin hijos, e incluso las denominadas homo parentales de más reciente reconocimiento en algunos países, como por ejemplo Argentina o Francia.

1.3. Ley N°19.947 “Nueva Ley de Matrimonio Civil”:

¹⁴ CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, [en línea] <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil/> [22 de octubre del 2012]

¹⁵ CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 1.

Antes de la ley de 1884 de Matrimonio Civil, todo aquello que dice relación con esta institución está íntimamente relacionado con las reglas de la jurisdicción de la Iglesia Católica, por lo que solo hasta el año 1820 pudo reglar la Ley Civil, estableciendo por medio de un senado consulto ciertas reglas.

En 1884 se establece un gran avance legislativo, desligándose de la rígida institucionalidad de la Iglesia Católica, con una ley especial de matrimonio para las personas no católicas, disminuyendo considerablemente las solemnidades para estos efectos, pero que por otro lado provocó fuertes desavenencias con la misma Iglesia, en cuanto al problema de que uno de los cónyuges fuera católico, y el otro no, lo cual se solucionó con la dictación del Código Civil, estableciendo estas dos formas de matrimonio de manera muy organizada. Posteriormente se seculariza el matrimonio, siendo jurídicamente válido solo aquel que se rija por las reglas del Código de Bello.

Por su parte, con la dictación de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, se establece en su primer articulado *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*¹⁶, y dentro de la moción parlamentaria que la originó se señala que familia se define como *“la unión socialmente aprobada de un hombre, una mujer y sus hijos.”*¹⁷

Estas definiciones a simple vista, merecen una crítica, puesto que limitan drásticamente el concepto, reduciéndolo al matrimonio legal en Chile y no considerando los demás tipos de familia que numerosamente se dan en nuestra sociedad, las cuales no se basan netamente en esta institución tan rigurosa, ya sea por ejemplo, aquella que es mono parental que en este caso la misma ley debería incorporar por motivos del divorcio vincular que reconoce. Pero un estudio de su historia fidedigna nos aclara esta frase, puesto que este proyecto se componía solo de su parte primera, ante lo cual son los senadores Chadwick, Romero y Diez, quienes la complementan con el segundo inciso *“el matrimonio es la base de la familia legalmente constituida”*¹⁸, y esto se modifica señalando que *“el*

¹⁶CHILE, LEY N° 19.947 “NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004, artículo 1, inciso 1.

¹⁷CHILE, LEY N° 19.947 “NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004, artículo 1, Inciso 2.

¹⁸ CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA DE LEY N° 19.947 NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, pág. 44.

*matrimonio es la base ‘principal’ de la familia legalmente constituida”*¹⁹, siendo así como no se excluyen de este concepto otros tipos de familia existentes en nuestra sociedad, generando una mayor aceptación social del proyecto, de momento que es necesario el reconocimiento legal de estas formas de vida, que son dignas de tutela y protección jurídica por el Estado, como señala la misma Constitución Política de la República.

No obstante esto, estos artículos se contra arrestan con el artículo 54 N°4 de la misma ley²⁰, puesto que esta mantiene el matrimonio monogámico y heterosexual, siendo la sanción de esta causal la nulidad, o sea se entiende como requisito de existencia de este contrato la diferencia de sexo que se infiere del mismo artículo 102 de código que desarrolla la institución del matrimonio, marginando otras realidades de familias, no logrando integrar las demandas que en las últimas décadas se han hecho tan latentes, en base a un concepto que nuestra misma Carta Fundamental señala es “el núcleo de la sociedad”.

1.4. Convenciones de carácter internacional:

La familia, como ya se explicó anteriormente, tiene elementos que hacen posible que se distinga en sus diversas formas dentro de las distintas culturas en la que ella es presente, pero sin perjuicio de esto, es sabido que existe un consenso mundial en cuanto a que merece protección jurídica, motivo por el cual se materializa su reconocimiento y regulación internacional, en primera instancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala es “*El elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”²¹, no logrando definir el concepto como tal, pero no obstante esto, sirviendo como base de interpretación para conceptualizaciones futuras en relación a la importancia de su protección.

¹⁹CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA DE LEY N° 19.947 NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, pág. 45.

²⁰ CHILE, LEY 19.947 “NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004, artículo 54 N° 4 “*El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos (...) 4. Conducta homosexual*”.

²¹ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, de 1948, artículo 16 N°3.

De manera más precisa, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece en su artículo 10 N° 1 que “*Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges*”²², agregando el componente del matrimonio como integrante de la familia, no contemplando en sí misma todas las formas de familia existentes.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 5 “*Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”²³, considerando así los derechos y deberes de los padres y considerando a la familia en una perspectiva funcional, más allá de su forma, ampliándolo en la medida que se hace más aplicable a nuestra realidad actual, no relacionándola estrechamente con el matrimonio.

Por último, es menester señalar la definición de familia concretada en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que expresa “*A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate*”²⁴, centrándose en los efectos que produce la relación familiar en base al matrimonio, pero no restringiendo esta institución exclusivamente entre un hombre y

²² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, del 3 de enero de 1976, artículo 10 N° 1.

²³ CHILE, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Decreto N° 830 de 1990, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5.

²⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, de 1990, aprobada por el Congreso de Chile el 8 de enero del 2004, artículo 4.

una mujer, ya que dependiendo el país en que se aplique podría tratarse de un matrimonio homosexual, protegiéndolo de igual manera.

Por lo tanto, entendemos que este concepto a nivel internacional también ha ido evolucionando en un orden de ampliación del mismo, con el objetivo de preservar su flexibilidad inherente dada por su diversidad social y cultural, siendo así como sistema internacional de los derechos humanos lo reconoce, protege y garantiza.

2. Concepto social de familia:

El concepto de familia, como señalamos en un principio tiene una apreciación social, que es determinada en cuanto a elementos culturales, económicos y ético-morales, que influyen en el reconocimiento de derechos y deberes dentro del ámbito familiar, en este sentido aceptando ciertos estilos de vida y rechazando otros, de forma determinante, protegiéndola o promoviéndola mediante su tutela jurídica, habiendo predominio del interés social por sobre el individual.

En palabras claras, es la sociedad en cada momento histórico quien determina lo que es la familia, normándola de acuerdo a la cultura precedente e incorporando su contenido ético-moral para regirla, por lo que podemos darnos cuenta que no existe un concepto ni legal, ni social o cultural, que logre definirla globalmente, puesto que es un concepto que se adapta a las diversas realidades y jamás se mantiene en una misma forma si no que evoluciona y se adecua a la situación actual a la que se atiene.

En base a esto se radica la importancia de determinar que entendemos como concepto familia, por lo menos dentro de nuestra sociedad y legislación actual, ya que nos permitirá saber a qué atenemos para no ejercer una discriminación arbitraria en el ejercicio de los derechos y deberes de estas, y lograr determinar de manera más precisa qué normas aplicar en caso concreto para que las relaciones se resuelvan de la manera más justa.

2.1. Evolución histórica de las concepciones sociales chilenas sobre la familia:

El desarrollo social chileno del concepto de familia se ha concretado a través de la historia en el diseño de políticas públicas, regulando la normativa vigente del momento y expresando el consenso social de las personas ante esta institución, y es así como estas normativas han ido incluyendo en sí diversos elementos que acarrearán su evolución.

El primer modelo social de familia que podemos denotar en Chile se da en la segunda mitad del siglo XIX, centrado estrictamente en el matrimonio, dado por la posición jerárquica del padre en cuanto a una potestad marital a la cual estaban sujetos la cónyuge y los hijos. Este modelo patriarcal estaba regulado legalmente por el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil de 1884, puesto que era necesario establecer y garantizar la estabilidad de la convivencia familiar situada en el matrimonio, la potestad conyugal y la filiación. Este modelo fue sustituido progresivamente a partir de 1925 con el Decreto Ley 328, que le otorga la patria potestad a la mujer en ausencia de su marido, dando lugar al modelo de familia moderno-industrial de carácter urbano, donde es el hombre el proveedor, y por su parte la función de administradora del hogar la cumple la mujer.

“En los últimos años se suman otros procesos que han modificado las pautas de comportamiento socio demográfico de la población e incorporado nuevos factores de diferenciación en las familias”²⁵, dejando atrás una imagen de la institución de familia basada en el matrimonio y la jerarquía patriarcal, dirigiéndose a fines propios de la comunidad familiar, sustituyéndola progresivamente por una concepción de base contractual, no necesariamente matrimonial, que tiende a la igualdad de sus integrantes y que sitúa muchas veces en un lugar secundario los intereses familiares comunitarios, denominado modelo asociativo.

Esto sucede, porque a partir de 1960, se destacan procesos como la reforma agraria en el medio rural y la reforma educacional en las ciudades, que mejoran los niveles educativos especialmente de las mujeres, dándole a estas mayores posibilidades de independencia, fomentándose un debilitamiento del rol del padre proveedor y jefe de familia por el aumento del trabajo femenino que trajo como consecuencia los conflictos

²⁵ CHILE, INFORME COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA, Capítulo IV “La Realidad de las Familias Chilenas Hoy”, pág. 140.

conyugales derivados de la modificación de los roles tradicionales en la pareja y al interior de la familia.

Con todo esto, se entiende que en la sociedad de los últimos años *“las mujeres desbordan el ámbito de la vida doméstica y reclaman una división equitativa de las responsabilidades familiares; los cónyuges realizan trabajos que frecuentemente dificultan el domicilio común permanente; los hijos se emancipan a temprana edad; los lazos afectivos libremente asumidos pasan a tener un papel central en las parejas; la exaltación de la competencia choca con la gratitud del amor, la expectativa de vida aumenta y las personas deciden conscientemente el número de hijos. Todo ello ha ido produciendo profundos cambios en la familia. El derecho debe reconocer y encauzar en la medida de sus posibilidades esta nueva realidad, de lo contrario, ella superará a la norma, creándose una separación peligrosa entre los valores y principios que representa la ley y la práctica social”*²⁶, promoviéndose con el paso de los años, la autonomía de la voluntad, en una transformación del Derecho Civil por medio de diversas reformas legales dentro de las últimas décadas del siglo XX, dado así por ejemplo, mediante la introducción del divorcio con La Nueva ley de Matrimonio Civil, con las normas de igualdad entre los cónyuges y la reforma que consagró la igualdad jurídica entre hijos legítimos y naturales, concretándose el modelo relacional.

De esta forma, la doctrina señala que el modelo tradicional de familia, o sea *“la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, idealizado como el único socialmente aceptable”*²⁷, ha sufrido un proceso de fuerte debilitamiento en los últimos años, entendido hoy en día como una entidad que explica y reconoce su origen en la asociación voluntaria de un hombre y de una mujer, conociéndose variadas formas de familia que son socialmente legítimas. Se incluye en este ensanche del concepto, expresiones heterogéneas que van desde la familia extendida tradicional, hasta las uniones de personas del mismo sexo, pasando entre estos dos extremos por las convivencias heterosexuales y homosexuales no reguladas civilmente, pero que en ciertos países como Argentina o ciertos estados de E.E.U.U a ambos padres del mismo sexo se les ha permitido adoptar niños, o tener el cuidado personal de sus propios hijos, sin problema alguno.

²⁶CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA DE LEY N° 19.947 NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004, moción parlamentaria, pág. 6.

²⁷CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA DE LEY N° 19.947 NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004, moción parlamentaria, pág. 5.

2.2 La familia en un Estado Democrático de Derecho:

Es de gran importancia entender que por ley en Chile estamos presentes ante un “Estado de Derecho”, ya que así lo señala nuestra Carta Fundamental en su artículo 6 *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”*²⁸, y esto se refleja en un sistema donde las leyes e instituciones se ordenan en torno a una Constitución, con el fin de que estas fijen límites al poder y al gobierno, quedando el Estado subordinado al orden jurídico vigente, creando un ambiente de respeto absoluto a las personas y al orden público.

a) La Democracia:

Un elemento esencial dentro de este Estado es la Democracia, la cual está contenida en la Constitución Política de la República en su artículo 4 expresando *“Chile es una república democrática”*²⁹, siendo una forma de reconocer los límites que vienen dados por los derechos fundamentales, que incluso los representantes del pueblo deben respetar, sin distinciones.

La Democracia, si bien tienen rasgos muy comunes al Estado de Derecho, en diversas ocasiones se tienden a oponer y a proponer soluciones diversas ante un mismo cuestionamiento, por el hecho de tener fines distintos, ya que la Democracia busca al titular del poder estatal y el Estado de Derecho versa sobre el contenido de la acción estatal, siendo posibles el uno sin el otro.

Este régimen a su vez está justificado por el liberalismo, ya que garantiza la liberalidad en cuanto a la esfera del individuo, entendiéndola en el sentido que *“posibilitan la realización del plan de vida que autónomamente el individuo se ha trazado y para el cual no requiere la ayuda de los demás”*³⁰, exigiendo al estado que se maximice el grado de libertad que los individuos tienen, siendo este principio la base del respeto hacia la orientación sexual de

²⁸CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 6 inciso 1.

²⁹CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 4.

³⁰CHILE, “EL ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO Y SU CONSAGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 7 -Nº 2, Año 2010 pág. 185-204.

una persona y por lo mismo el cumplimiento eficiente de sus derechos inherentes como tal y en este caso concreto, como padre.

Dentro de esto surge una gran problemática, puesto que la democracia muchas veces afecta la libertad individual de las personas con el fin de satisfacer intereses mayores de la sociedad, respetando en todo momento los derechos básicos de la ciudadanía, que son la libertad, igualdad y la propiedad, pero dejando de lado la protección de derechos de las minorías, surgiendo los conflictos de intereses, y es en base a esta temática que se centrará este estudio, puesto que la decisión de la orientación sexual de una persona se encuentra dentro la esfera de libertad y privacidad de este mismo, y a la vez como bien señala en su definición esta no debe ser limitada, ni restringida, ni mucho menos atentada con acciones de discriminación, como sucede en este caso concreto, al considerarse como un atentado contra el principio de “Interés Superior del Menor” al verse expuesto a la orientación sexual diferente de sus padres, ya sean estos adoptivos o progenitores, calificándose este hecho como un “mal ejemplo” o un “atentado contra su moralidad”.

b) Principio de Distribución:

Por otra parte, como contenido esencial del Estado de Derecho en el que estamos presentes, encontramos el principio de la Distribución, consagrado en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, en su artículo 4 y 5, señalando *“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”, “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.”*³¹

En base a esto, podemos destacar que la orientación homosexual de una persona, no atenta al bien común de la sociedad, ni mucho menos a otros individuos, puesto que es un estilo de vida diferente, pero no en sí anormal, puesto que es la decisión propia de una persona en cuanto a su sexualidad, por lo tanto parte de su libertad individual. Sin

³¹COSTA RICA, “CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, de 1789, artículo 4 y 5.

perjuicio de esto, es la ley chilena dentro del Derecho de Familia, la que en cierto grado pone límites, ya sea en su definición de matrimonio o en las normas de adopción.

Además, estos principios generales, también se encuentran contemplados dentro de nuestra Carta Fundamental, señalando dentro de la misma, que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*³², lo cual en palabras breves, señala lo que está permitido y lo que no lo está para el Estado, destacando la primacía de la libertad del individuo y la obligación del Estado de realizar acciones positivas que contribuyan a estos derechos de todas las personas por igual, o sea en el caso concreto, propender al desarrollo de la familia en el mayor grado de lo posible.

El Principio de Distribución establecido en el artículo 5 inciso 2º es complementado mediante una regulación pormenorizada de los derechos fundamentales que está establecida en los numerales del artículo 19 de la Constitución Política garantizando los principales derechos liberales que son reconocidos en el surgimiento y la evolución del Estado de Derecho, entre ellos están el artículo 19 N° 2 de *“Igualdad ante la Ley”*, que señala en su inciso segundo *“ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”*³³, el artículo 19 N°4 en cuanto a *“la protección de la vida privada y pública de las personas”*, y por último el artículo 19 N°7, que constituye el derecho a *“La libertad personal y la seguridad individual”*, que en su letra B señala *“Nadie puede ser privado de su libertad individual, ni ésta restringida sino en los casos y en las formas determinadas por la constitución y las leyes.”*³⁴ Con todo esto podemos entender que en nuestro régimen estatal, donde prima el Principio de Liberalidad y Distribución regulados, las leyes especiales como los son en este caso el Código Civil, la Ley de Menores y la Nueva Ley de Matrimonio Civil, deben ser modificadas y adaptadas a las reglas que la misma Constitución reconoce.

³²CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 6 inciso 5.

³³CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 19 N°2 inciso 2.

³⁴ CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 19 N° 7 letra B.

CAPÍTULO II: “EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS”

I. Generalidades:

El derecho-deber del cuidado personal de los hijos se encuentra situado en base a los intereses de los padres para con sus hijos y viceversa, ya que este pertenece a ambos padres de consuno si se da el hecho de que viven juntos. El problema radica con el hecho de que estos se encuentren ya sea separados o divorciados, o en el caso también del fallecimiento de uno de estos, puesto que se da la disyuntiva de ¿quién es más idóneo en cuanto al cuidado y la tuición de los menores debido a la situación en que se encuentran? y la solución de este problema no se extiende solo a los padres, puesto que si estos no son aptos para tutelar los intereses del menor, cumplirán esta labor los familiares más cercanos, según la ley y el criterio del juez lo señale.

Este derecho-deber de cuidado personal de los hijos resulta tan relevante tanto para el padre, como para la madre y los hijos, puesto que son derechos y deberes recíprocos de los cuales nadie debería ser privado. Es por esto que en los últimos años diversos autores lo han calificado como indisoluble, puesto que *“Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores (...) Sin embargo, estos deberes deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez”*³⁵, y es en este sentido en que debe estar guiado el criterio del juez para cautelar el Principio de Interés Superior del Menor en un juicio de cuidado personal, puesto que en primer lugar se ven vulnerados los derechos del menor pero también en gran medida los de los padres.

³⁵ CHILE, REVISTA CHILENA DE DERECHO, año 2009, volumen 36 N° 3, pág. 545 – 586.

1. Filiación y su regulación en Chile:

La Filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, o sea en relación a hijos naturales e hijos adoptivos. En términos generales, se puede indicar que *“Comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.”*³⁶

En 1999 se dicta la Ley de Filiación y la Ley N° 19.585 de Adopción, que otorgan igualdad en los derechos de los hijos, sean estos biológicos o adoptivos, dándose cumplimiento de esa forma al mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que garantiza a todas las personas la *“igualdad ante la ley”*, sin que ésta ni autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias, y se cumplen a su vez diversos acuerdos internacionales, mereciendo especial mención *“La Convención sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica”*, que en su artículo 17 N° 5 señala *“la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”*³⁷

Esta institución tiene importantes efectos jurídicos, siendo el principal de estos, que esta origina la patria potestad, el que en algunas legislaciones se divide en la custodia personal del menor y la custodia patrimonial de sus bienes, la obligación alimenticia en caso de vida separada de los padres, el derecho a la relación directa y regular entre el hijo y el padre que no tiene la custodia del primero, el deber de socorro y ayuda mutua, y por último el deber de educar al hijo, o sea de manera general es la filiación la causa de los derechos-deberes de los padres para con sus hijos.

³⁶ GALLEGOS PÉREZ, NIDIA, “LA TEORÍA DEL HECHO Y ACTO JURÍDICO APLICADA AL DERECHO FAMILIAR”, año 2006. Tabasco, Universidad Autónoma de Tabasco, pág. 24.

³⁷ COSTA RICA, CONVENCION SOBRE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, artículo 17 N°5.

1.1. ¿Cómo determinar la filiación?

La filiación se determina a través de tres fuentes, normadas dentro del Título VII “*De la Filiación*” y en el Título VIII “*De las acciones de la Filiación*” del Código de Bello, basándose en los hijos matrimoniales y los naturales; estas son:

- El reconocimiento voluntario que hace el padre, la madre o ambos sobre el hijo, como lo señala el artículo 187 “*El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:*
 - a) *Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;*
 - b) *En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;*
 - c) *En escritura pública, o*
 - d) *En acto testamentario.”*³⁸
- La ley, la cual determina la filiación en base a ciertos presupuestos, por ejemplo, la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio. A este respecto, el artículo 184 del Código Civil señala “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges*”³⁹, o de manera general en el artículo 185 señalando “*La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad están establecidas legalmente en conformidad con los Artículos 183 y 184, respectivamente.*”⁴⁰
- La sentencia judicial ejecutoriada, esto es, cuando un tribunal declara la paternidad o maternidad anteriormente no conocida o modifica una ya determinada, como lo señala el artículo 186 “*La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.*”⁴¹

³⁸ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 187.

³⁹ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 184, inciso 1.

⁴⁰ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 185, inciso 1.

⁴¹ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 186, inciso 1.

1.2. Efectos de la filiación:

Una vez determinada la filiación, esta producirá efectos englobados dentro de la autoridad paterna, y estos de manera general son los derechos-deberes de los padres para con sus hijos:

- a) La crianza o cuidado personal de los hijos.
- b) La educación y establecimiento del menor, que le permita subsistir por sí mismo.
- c) El derecho de visitas para el padre o madre que no tenga el cuidado personal.
- d) Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal.
- e) Los padres deben contribuir a través de la obligación de dar alimentos.
- f) La filiación hace surgir la patria potestad

2. Las relaciones personales dentro de la familia:

La institución del matrimonio además de producir una serie de efectos personales entre los cónyuges, también hace nacer ante el mundo jurídico un conjunto de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, producto a su vez de la filiación.

Es así como el autor René Ramos Pazos, en referencia a la definición de Ferrara, señala que *“el Derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros”*⁴², siendo una rama de las Ciencias Jurídicas que regula situaciones y estados personales o civiles, ya sea del cónyuge, de los hijos, etc., impuestos erga omnes, generando una serie de consecuencias jurídicas.

⁴²RAMOS PAZOS, RENÉ. “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial Jurídica, primera edición, 1993, Santiago, pág. 11.

2.1. Derechos-deberes de las relaciones familiares:

Antes de la “Nueva Ley de Filiación” los derechos y deberes de los padres estaban tratados de manera separada, pero con la reforma de la Ley N°19.585 de Filiación se estimó que el tratamiento debía darse en un mismo cuerpo, es decir, todo aquello que era un derecho constituía también un deber para el padre o madre, si se correspondía con un derecho que al respecto tenía el hijo, y así por ejemplo, hasta antes de la reforma se estimaba que el padre tenía derecho a las visitas, pero el padre tiene además el deber de visitar al hijo y este deber es una emanación del derecho del niño a ser visitado por ambos padres.

Antes de la Ley N°19.585 del Nuevo Estatuto de Filiación, el Código Civil señalaba que el hijo debía obediencia a ambos padres, pero estaba especialmente sometido al padre de manera restrictiva para la mujer, tratándose de un deber en cuanto al cuidado en su ancianidad, en estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios. Con el paso de los años quedó establecido como un deber del hijo respecto de sus dos padres por igual, pero en caso de inexistencia o insuficiencia de éstos, esta obligación será de los demás ascendientes en el orden que a ley y el juez señale. El Código Civil, además señala en este mismo sentido, dentro del Título IX *“De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”*, en su artículo 222 inciso primero *“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”*⁴³, determinando así que los hijos y los padres se deben obligaciones recíprocas que a la vez constituyen un derecho y una obligación para estos.

Estos “derechos-deberes” se guían por el Principio de Interés Superior del Niño, como señala el mismo artículo 222 del presente Código, en su inciso segundo, *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*⁴⁴. Están regulados en el Derecho de Familia dentro del Código Civil y son: el cuidado del menor, las visitas, la crianza y educación y los gastos de estos mismos, que serán analizados en el grado de importancia para este estudio.

⁴³CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 222, inciso 1.

⁴⁴CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 222, inciso 2.

3. Efectos jurídicos de los derechos-deberes de las relaciones familiares:

Como es sabido, los efectos jurídicos de manera general, son consecuencias provocadas por un hecho o acto jurídico que la ley considera idóneo para ocasionar precisamente dicha consecuencia, entendiéndose que producto de ese acto ocurre un cambio en la realidad, ya sea subjetivo o material. Es por eso, que dentro del Derecho de Familia, y en la temática que estamos abordando sobre los derechos-deberes de los padres, por el vínculo de filiación, se producen una serie de efectos, dependiendo de la realidad y forma de constitución de cada familia en concreto, estos son:

3.1. Derecho - deber de mantener una relación directa y regular con el hijo:

Hoy en día, el padre que no viva con el hijo no sólo tiene derecho a las visitas, sino también un deber de mantener una relación directa y regular con su hijo, en virtud del derecho que le asiste a este de mantener relación con ambos padres, pues así lo señala la Convención sobre Derechos del Niño, en el numeral 3 de su artículo 9, en cuanto *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*⁴⁵

Por su parte, nuestro Código Civil también regula este derecho-deber en su artículo 229 inciso primero, estableciendo *“El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”*⁴⁶ agregando en su inciso segundo *“Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”*⁴⁷

⁴⁵ CHILE, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “CONVENSIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO” del 2 de septiembre de 1990, numeral 3 del artículo 9.

⁴⁶CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 229 inciso 1.

⁴⁷CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 229 inciso 2.

3.2. Derecho - deber de crianza y educación:

El deber de crianza y educación corresponde a ambos padres, salvo que uno de ellos esté privado del derecho, pero no del deber por su parte, lo cual se da en los siguientes casos:

- i) Cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre, según corresponda.
- ii) Cuando la tuición del hijo ha sido entregada a un tercero por inhabilidad de uno o ambos padres.
- iii) Cuando el padre ha abandonado al hijo.

Pero frente a esto, cabe la pregunta de ¿quién debe soportar los costos de crianza y educación de los hijos?, y es menester hacer la siguiente distinción:

- i) Si existe una sociedad conyugal entre los padres, según el inciso 1 del artículo 230 del Código Civil *“Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán si no existe los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.”*⁴⁸
- ii) El inciso 2 del presente artículo 230 del mismo cuerpo legal, señala *“En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente.”*⁴⁹.
- iii) Por su parte el artículo 231 establece que *“Si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.”*⁵⁰
- iv) Y por último, el artículo 232, señala *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente”*⁵¹.
- v) Si los padres están casados con otro régimen o no están casados, cada uno de los padres aportará según sus facultades económicas para esta labor.
- vi) Si una persona ha criado y alimentado a un hijo ajeno, para que sus padres puedan recuperar al hijo deben ser autorizados por el juez y previamente

⁴⁸CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 230 inciso 1.

⁴⁹CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 230 inciso 2.

⁵⁰CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 231.

⁵¹CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 232.

pagar a dicha persona todo lo que haya gastado en virtud de la crianza y educación del niño.

- vii) Si un menor de edad se encuentra circunstancialmente en urgente necesidad económica, especialmente alimenticia, y es ayudado por un tercero ajeno a su familia, tiene éste último derecho a ser rembolsado por los padres por todos los gastos incurridos.

3.3. Facultad de corregir a los hijos:

Hasta antes del nuevo estatuto de filiación, existía la llamada *“facultad de corregir a los hijos”* que estaba señalada en el antiguo artículo 233 del Código Civil y establecía que *“Los padres tienen la facultad de corregir moderadamente a sus hijos.”*⁵²

Según la Convención sobre Derechos del Niño, esta disposición atentaba contra el carácter de persona de derecho del menor de edad y propiciaba la existencia de hechos de maltrato infantil, en la medida que no quedaba claro que debía entenderse por “moderadamente”. Por ello, la actual redacción del artículo 234 se adecuó en el siguiente modo *“Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.”*⁵³

Es por esto, que la actual “facultad de corregir a los hijos” pretende adecuarse a la Convención sobre Derechos del Niño, en la medida que impide la proliferación del maltrato infantil. Esto porque al señalar que no puede menoscabar la salud, ya sea físico o psíquico del menor, ni el desarrollo personal de este, permite exclusivamente una facultad correctiva que no implica acto alguno de violencia.

⁵²CHILE, CÓDIGO CIVIL, artículo 233 antiguo Código Civil (derogado).

⁵³CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 234.

3.4 Derecho-deber de dar alimentos:

El derecho a percibir alimentos, surge como consecuencia de los principios de responsabilidad y solidaridad familiar, y se encuentran regulados en base a:

- a) el cónyuge;
- b) los descendientes, esto es, los hijos o nietos;
- c) los ascendientes, es decir, padres y abuelos;
- d) los hermanos y
- e) el que hizo una donación cuantiosa a otras personas, tiene derecho a que éste último le proporcione alimentos en caso de necesidad.

En este sentido, es el primer caso el motivo de nuestro estudio, contenida en el artículo 232 de Código Civil, señalando *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente”*⁵⁴, regulándose en los artículos 321 y siguientes del mismo cuerpo legal, y en relación a los alimentos que proceden respecto de menores de edad, la legislación debe ser complementada por el DFL 2000, que contempla las reformas a la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familias y Pago de Pensiones Alimenticias

Es así como entendemos que la expresión alimentos desde un punto de vista jurídico, comprende la prestación que el alimentante (quien debe pagar los alimentos), debe dar al alimentario (quien los recibe), para poder cubrir sus necesidades de alimentación, educación, salud, locomoción, etc., y en general para cubrir las necesidades básicas para mantener su posición social.

4. Derecho- deber de los padres de cuidado del menor:

Este derecho-deber de los padres, se encuentra dentro del Título IX *“De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”*, en cuanto a las relaciones de familia, siendo el más importante, puesto que contiene en gran medida los demás derechos y deberes.

⁵⁴ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile año 2012, artículo 232.

En base a esto, hay que distinguir, si se trata de un hijo matrimonial, su cuidado corresponde a ambos padres y por otro lado, si se trata de uno no matrimonial, su cuidado corresponde al padre o madre que lo haya reconocido, pero indudablemente si los dos lo reconocieron corresponde a ambos. Respecto a esto, es de importancia mencionar el artículo 225 del Código Civil, puesto que este señala:

“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, sub inscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una sub inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros⁵⁵, agregando en el artículo 226 “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes⁵⁶.

Cabe recordar, en este sentido, que la filiación se estableció mediante resolución judicial con oposición del padre o de la madre, entonces éste quedará obligado al deber de cuidado pero privado del derecho referido a lo mismo. Así, por ejemplo, estará obligado a colaborar con la mantención económica que requieran los cuidados del hijo, pero impedido de participar en su crianza desde un punto de vista afectivo.

⁵⁵CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 225.

⁵⁶CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012, artículo 226.

Ahora bien, sea que se trate de un hijo matrimonial o no matrimonial, si los padres se encuentran separados, entonces el cuidado del hijo corresponderá a la madre, salvo que:

- a) Exista acuerdo de otorgar el cuidado personal del hijo al padre. Este acuerdo debe ser celebrado por ambos padres y debe hacerse ante Notario por medio de escritura pública o ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, para solicitar posteriormente una sub inscripción al margen del certificado de nacimiento del hijo.
- b) Exista resolución judicial que prive de la tuición a la madre. El juez de menores puede confiar la tuición del hijo al padre, si cree que estando con la madre se pone en riesgo el Interés Superior del Niño. Además, si el juez estima que existe inhabilidad física o psíquica de ambos padres, puede entregar la tuición a otras personas, debiendo preferir a los familiares más próximos y especialmente a los abuelos.

Es en este último caso, que señala la falta de aptitud de la madre valorizada en relación al criterio de juez para dar al padre el cuidado personal del hijo, en que se ha centrado la discusión en cuanto a la orientación sexual de esta, quedando en disyuntiva si esta discriminación tiene bases legales o simplemente sociales para restringir el derecho-deber establecido por la misma ley, y si las investigaciones en cuanto a que este hecho atenta contra el principio básico del “Interés Superior del Niño” son certeros y no justificaciones sin bases.

5. Autoridad Parental o Patria Potestad:

Dentro de todos estos efectos de la filiación antes mencionados, es de mayor relevancia apuntar hacia aquello que dicen relación con la Autoridad Parental o Patria Potestad, puesto que en estos se engloban los derechos y deberes del cuidado personal del menor, siendo una consecuencia de los mismos, entendiendo de manera más clara, que aquel que tenga el cuidado personal del menor ejercerá la Patria Potestad y la Autoridad Parental sobre este, como lo señala el artículo 245 del Código de Bello “*Si los padres viven*

*separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al Artículo 225.*⁵⁷

La Patria Potestad es una institución del Derecho de Familia que constituye una relación paterno-filial con énfasis en la protección del menor que no está emancipado, realizada por medio de sus padres, no derivando esta del matrimonio, si no de la naturaleza de la misma y está a su vez respaldada por la ley. El Código Civil acoge esta institución dentro de su libro X “De la Patria Potestad”, y la regula entre los artículos 243 a 259, señalando que *“Es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.”*⁵⁸

En la antigüedad se entendía la patria potestad como una facultad exclusiva del padre en beneficio de su familia y de los hijos sometidos a él, a quienes debía protección; hoy en día se entiende como una realidad diferente, puesto que es una igualdad de derechos y deberes entre el padre y la madre para con sus hijos, tendiendo consecuencias como:

- a) El derecho de usar los bienes del hijo y de percibir sus frutos, o derecho de goce.
- b) La administración de los bienes del hijo.
- c) La representación del hijo.

Por su parte el termino de “Autoridad Parental” se entiende sinónimo de patria potestad erróneamente en nuestra legislación, ya que tradicionalmente se ha definido como *“El conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”*⁵⁹, tratando esta institución del Derecho de manera muy distinta, apartándose de la costumbre jurídica de los Códigos Civiles francés y español, que le sirvieron de fuente para la misma.

⁵⁷ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 245.

⁵⁸ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 243.

⁵⁹ RAMOS PAZOS, RENÉ. “DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES E HIJOS DE FAMILIA”, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso tomo XX, año 1999, pág. 23.

Por lo tanto, el Senador Francisco Chahuán señala que la Autoridad Paterna *“Debe ser entendida como el conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales de los progenitores respecto de sus descendientes, figura que resulta ser mucho más amplia y que nos lleva a comprender la facultad de administración y representación legal de los hijos -actual patria potestad- como uno de los tantos deberes-función que debe comprender hoy un concepto integral de autoridad parental”*⁶⁰, y esta a su vez contempla los deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes, y los derechos-deberes de los padres para con los hijos.

Por lo tanto, siendo instituciones diferentes en cuanto a sus enfoques y fines, nuestra legislación nacional las hace sinónimas en base a que son parte de un mismo todo, el cual es en el fondo del cuidado personal del menor, ya que ambas apuntan hacia él, siendo parte de sus fundamentos y sus consecuencias propiamente tal.

6. Situaciones en que los padres se ven privados de sus derechos-deberes:

Existen diversas situaciones, las cuales están reguladas dentro del Código Civil, que señalan las causales de privación de este derecho a los padres, situadas en los artículos 238, que menciona *“Los derechos concedidos a los padres en los Artículos anteriores no podrán reclamarse sobre el hijo que hayan abandonado”*⁶¹, y en el artículo 239, apuntando *“En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a menos que ésta haya sido después revocada”*⁶².

En este mismo sentido, es útil destacar la amplia facultad del Juez de Menores para privar a la madre del cuidado de sus hijos, que de acuerdo al artículo 223 del antiguo Código Civil sólo podía ocurrir *“cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”*⁶³, y además cuando la madre se encontrare en algunos de los casos de inhabilidad física o moral establecidos por la Ley de Menores en su artículo 42, señalando *“1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3° Cuando no*

⁶⁰ CHILE, SENADO DE LA REPÚBLICA, “Una mirada distinta”, por Senador de Valparaíso Francisco Chahuán, del 15 de marzo del 2013.

⁶¹ CHILE, Código Civil, Editorial Jurídica año 2012, artículo 238.

⁶² CHILE, Código Civil, Editorial Jurídica año 2012, artículo 239.

⁶³ RAMOS PAZOS, RENÉ. “DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES E HIJOS DE FAMILIA”, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso tomo XX, año 1999, pág. 25.

velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5°. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”⁶⁴

Es entonces, en base a este razonamiento, que con motivo de la reforma del artículo 225 el tribunal podrá entregar el menor al padre *“cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”*⁶⁵, entendiendo que la “causa calificada” es un término amplio que deberá quedar a criterio del juez de la causa en concreto, puesto que no está definida dentro del precedente cuerpo legal por ser una realidad subjetiva, que existe en mayor grado como una discriminación arbitraria ante un modo de vida diferente, una elección autónoma dentro de una sociedad moderna.

⁶⁴CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, LEY N°16618 “LEY DE MENORES”, del 3 de febrero de 1967, artículo 42.

⁶⁵ CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica año 2012, artículo 225.

CAPÍTULO TERCERO

I. Generalidades sobre la orientación sexual:

De manera general, podemos entender que existe amplia ignorancia en cuanto a los temas que se relacionan con la homosexualidad, creándose una serie de creencias y prejuicios que no tienen en sí un fundamento empírico, siendo solo especulaciones. Es en base a esto que se cree de manera habitual que las personas homosexuales no son aptas para el cuidado y la crianza de menores, basándose en el prototipo de que una familia debe estar compuesta exclusivamente por un hombre y una mujer con su descendencia, entendiendo que las personas con una orientación sexual diferente, en este sentido, tienen problemas mentales que desarrollarían en el niño trastornos en su futura sexualidad.

Podemos entender en este sentido, que la orientación sexual de una persona está determinada por el resultado de un proceso en que intervienen diversos factores, como lo son la familia, la cultura y la sociedad en general, desarrollándose a lo largo de toda la vida de una persona, definiéndose así como *“La organización específica del erotismo y/o el vínculo emocional de un individuo en relación al género de la pareja involucrada en la actividad sexual. La orientación sexual puede manifestarse en forma de comportamientos, pensamientos, fantasías o deseos sexuales, o en una combinación de estos elementos”*⁶⁶, o de un modo similar, como *“la atracción de una persona, de naturaleza sexual o afectiva, real o imputada, hacia personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos; y los actos, de naturaleza sexual o afectiva, reales o imputados, realizados por una persona con personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos”*⁶⁷. En base a esto podemos destacar, que si bien una persona no nace con una orientación sexual definida, está claro científicamente que no es una patología de salud mental, ni un desorden de la identidad sexual, sino más bien una opción de vida diferente, que no atenta contra los derechos de ninguna otra persona, siendo así como en 1973, tras una larga data de estudios, la Asociación Psiquiátrica y Psicológica Norteamericana respaldan estos resultados científicos, suprimiendo a la

⁶⁶ WASHINGTON D.C., ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Informe mundial sobre la violencia y la salud” del año 2002.

⁶⁷ CUVIR, Santiago, Universidad de Chile, facultad de Derecho, año 2002. “El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos”. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, pág. 28.

homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM), señalando que *“la homosexualidad, lesbianismo y bisexualismo no tenía como característica pérdida del juicio de realidad, alteración del pensamiento o de las habilidades sociales o vocacionales”*⁶⁸, siendo la posición definitiva del APA en esta materia, la siguiente:

- i) La homosexualidad no es una enfermedad.
- ii) Hombres y mujeres homosexuales tienen las mismas habilidades parentales que los padres heterosexuales, y en algunos casos más habilidades.
- iii) Los padres del mismo sexo no tienen más tendencia al abuso de menores que los padres de diferente sexo.
- iv) Los niños hijos de padres del mismo sexo no difieren psicológica ni socialmente de los niños criados por padres heterosexuales.
- v) Que la madre o el padre críen a sus hijos con pareja del mismo sexo no afecta al saludable desarrollo de los hijos e inclusive, estudios señalan que la presencia de esta pareja es un factor protector.

Con el paso de las décadas, en nuestro país se ha hecho una mayor cabida social a estas personas y por lo tanto hemos avanzado en cierto grado al reconocimiento de las minorías sexuales. Es en base a esto, que con el paso del tiempo también se han hecho latentes una gran cantidad de demandas hacia el Estado chileno, ya que existe una gran deuda en cuanto a un reconocimiento normativo de ellas, y un respaldo a la no discriminación y a la protección de estas mismas, y en este sentido, es tarea del Centro de Derechos Humanos analizar el estado de desarrollo de estas minorías en nuestro país, para lograr alcanzar el nivel internacional en esta temática tan atingente, y por su parte también lograr una correcta aplicación de justicia a este grupo menor pero no menos importante de la población.

Es por esto, que ante principios tan importantes reconocidos constitucionalmente como inherentes a la persona humana, como lo son la Igualdad y la No Discriminación, es necesario señalar si esta elección de una orientación sexual distinta se puede entender como una suerte de diferenciador e incluso como una influencia negativa frente al

⁶⁸ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION LESBIAN, GAY, AND BISEXUAL CONCERNS POLICY STATEMENTS, Adoptado por “The American Psychological Association Council of Representatives”, en enero de 1975, pág. 24-26.

principio del Interés Superior de un Menor, ya que de ser así se vulnerarían estos principios, existiendo un conflicto de intereses que muchas veces se ha visto fundamentado en base a simples presunciones y no pruebas claras como debe ser.

1. Protección internacional de los derechos de las minorías sexuales:

Lo que se entiende como una orientación sexual distinta a la heterosexualidad, es sumamente variable tanto en una consideración cronológica como geográfica en los diferentes marcos legales en que se estudie, desde un pleno acogimiento legal amparado por el Principio de Igualdad Legal condenado los actos homofóbicos, hasta la condena por ejemplo con la pena máxima de muerte por motivos de homosexualidad en ciertos países del mundo.

Los primeros acercamientos en materia internacional hacia la temática de la protección de los derechos de las minoría sexuales es en 1994, mediante una resolución favorable en el bullado caso “TOONEN CONTRA AUSTRALIA”⁶⁹ por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU, señalando en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁰, especialmente en su artículo 17, que las leyes contra la homosexualidad atentan contra los derechos humanos. A partir de este acontecimiento comienzan, con el correr de los años, a hacerse latentes un mayor número de declaraciones a nivel internacional en este sentido, establecidos por la Organización de Naciones Unida y la Unión Europea.

Este es el caso de los Principios de Yogyakarta, los cuales hacen aplicables los derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos a las personas con una orientación sexual diferente, señalando *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

⁶⁹ NACIONES UNIDAS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, comunicado número 488 de 1994, del 4 de abril de 1994.

⁷⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS HUMANOS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, Artículo 17 N°1: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”⁷¹

Por su parte la Unión Europea hace respetar estos derechos censurando legalmente la discriminación en base a la orientación sexual de las personas, explicando que *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”⁷²*, y en este mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas señala *“Aunque las familias y las comunidades suelen ser una importante fuente de apoyo, sus actitudes discriminatorias pueden impedir que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans gocen de todos los derechos humanos. Esa discriminación se manifiesta de diversas maneras, como la exclusión del hogar familiar, la desheredación, la prohibición de asistir a la escuela, el ingreso en instituciones psiquiátricas, el matrimonio forzado, la renuncia forzada a los hijos, la imposición de sanciones por las actividades de militancia y los ataques contra la reputación personal”⁷³*, reconociendo la realidad de estas personas.

a) Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos:

Este pacto, es en rigor un tratado multilateral que reconoce los derechos civiles y políticos de las personas con mecanismos que aseguran su protección, centrándose dentro del proceso que condujo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para nuestro estudio la principal importancia dentro de este tratado se establece en el artículo 26 del mismo, señalando *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de*

⁷¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, del 10 de diciembre de 1948, artículo 2.

⁷² NIZA, FRANCIA, PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE UNIÓN EUROPEA, CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, del 7 de diciembre del 2000, artículo 21.

⁷³ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, INFORME DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIO GENERAL, del 17 de noviembre del 2011, “Prácticas discriminatorias en la familia y la comunidad, pág. 22.

*raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*⁷⁴

b) Declaración Sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas:

Esta declaración tiene su iniciativa en la normativa francesa y en general por la normativa de la Unión Europea, creándose en el año 2008 condenando entre otros, la discriminación, la exclusión, el prejuicio y en mayor grado la privación, en este caso en concreto, de derechos sociales, basándose en la orientación sexual de una persona.

Es en este sentido que esta declaración se sintetiza en su artículo 3 señalando *“Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”*⁷⁵, y por su parte en el artículo 4 que aclara *“estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.”*⁷⁶ En base a esto, dentro de los principales opositores a estos ideales, se encuentra Rusia y China, y se posicionaba fervientemente el Vaticano, con una postura ampliamente rechazada por las duras críticas que hacían ver un pensamiento de discriminación.

c) Declaración de Montreal:

Esta declaración, es de suma importancia, puesto que trata precisamente sobre los Derechos Humanos de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales, respaldando su derechos y garantías y a la vez proponiendo que estos sean universalmente garantizados, en una perspectiva general que nace desde el Principio de No Discriminación en cuanto a sanidad, educación, inmigración y culmina por otro lado con la protección de derechos

⁷⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, artículo 26.

⁷⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS NACIONES UNIDAS, del 18 de diciembre del 2008, artículo 3.

⁷⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS NACIONES UNIDAS, del 18 de diciembre del 2008, artículo 4.

tan importantes como lo son el derecho a la vida y la integridad física de estas personas, apuntando al fin de la pena de muerte en ciertos países con motivo de la orientación sexual de los mismos.

Dentro de esta misma se destina un articulado en cuanto a la protección de estas familias, señalando que estas son la parte más importante de la vida de gran parte de la gente, y en general en extracto de sus palabras, explican: *“las personas LGBT no son individuos aislados. Nos enamoramos, entablamos relaciones y creamos familias, sean ellas como fueren. Para muchos de nosotros, estas relaciones y familias son el arte más importante de nuestras vidas. A no ser que sean reconocidas legalmente, no podrán garantizarse plenamente nuestros derechos a la igualdad y a la dignidad. De hecho, muchos países están deseosos de concedernos igualdad en todos los ámbitos de nuestras vidas excepto en lo que se refiere a nuestras relaciones y familias, estigmatizándolas así como inferiores. Por razones de mera igualdad, las parejas del mismo sexo tienen derecho a toda la serie de opciones de relación de que disponen las parejas de sexo diferente, entre ellas la del matrimonio para aquellos que así lo decidan. Igualmente, las personas LGBT y las parejas del mismo sexo que sean padres, o deseen ser padres, deberán gozar de iguales derechos y de acceso igual a toda una gama de opciones parentales al alcance de las personas heterosexuales y de las parejas de sexo diferente, como la adopción, la custodia y el uso de la procreación asistida.*

El hacer justicia a la cambiante realidad de la vida familiar supone también reconocer y garantizar derechos iguales a las relaciones no maritales y ampliar esa opción a todas las parejas, sin discriminación basada en el sexo, orientación sexual o identidad de género.

Por eso exigimos que todos los gobiernos que aún no lo hayan hecho reformen su jurisdicción familiar a fin de reflejar la creciente diversidad de la vida familiar, mediante la extensión del matrimonio legal a las parejas del mismo sexo, la introducción de derechos similares de vida en común para todas las parejas no casadas, y la garantía de igual acceso a toda opción parental.”⁷⁷

⁷⁷ MONTREAL, QUEBEC, CANADÁ, CONFERENCIA INTERNACIONAL DE MONTREAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LGTB, del 29 de julio del 2006.

d) Tratado de Ámsterdam:

Este instrumento internacional convierte la nueva normativa legal de la Unión Europea tras revisar el tratado de Maastricht, y para estos efectos, su principal importancia, es que por medio de este se revisan los tratados fundacionales y en su artículo 13 se incorporan peticiones al Parlamento europeo, estableciendo que *"el Consejo, únicamente, a propuesta de la Comisión, y tras consultar al Parlamento Europeo, podrán adoptar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de sexo, origen étnico ó racial, religión ó creencia, discapacidad, edad u orientación sexual"*⁷⁸.

Entendemos que a partir de este artículo no se obliga a legislar en esta temática, pero se le da una importancia distinta a al Principio de No Discriminación, poniendo en un nivel igualitario la orientación sexual y los motivos de raza, por lo que no se puede hacer caso omiso a este dictamen.

De manera general, podemos entender en base a estas Convenciones Internacionales, que las diferentes legislaciones guardan en su composición cierto grado de estudios empíricos de materias médicas, biológicas, religiosas, morales, políticas, sociológicas y culturales, para lograr definir la homosexualidad y sus efectos, por lo que su protección guarda a su vez un nivel de credibilidad superior a las simples especulaciones y es por esto su gran importancia.

2. Principio del Interés Superior del Niño:

El Principio del Interés Superior del Niño ha sido ampliamente reconocido tanto por textos internacionales como dentro de nuestras disposiciones normativas nacionales, en promoción de los derechos de las personas menores de edad, con motivo de su vulnerabilidad enfocada en la imposibilidad de ellos mismos a dirigir sus vidas con la madurez y responsabilidad necesaria, *"Es por esto, que se pone en relevancia la realidad de los*

⁷⁸AMSTERDAM, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE AMSTERDAM, del 16 de junio de 1997, artículo 13.

*menores como sujetos dignos de atención, promoción, provisión y protección, y este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad.*⁷⁹

A partir de esto, el más relevante reconocimiento de este principio lo señala la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo, *“Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”*⁸⁰

En relación a esta declaración, entendemos dentro de nuestra legislación nacional, que este principio es el centro de todo aquello que guarda relación con las obligaciones paterno-filiales, y se encuentra regulado dentro del Código de Bello en su artículo 222, señalando que es *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*, no precisando en mayor grado aquello que es en concreto *“la máxima realización espiritual del menor”*, dejando esta frase a una interpretación abierta en manos del Juez de Menores.

Si bien se logra enmarcar este Principio dentro de diferentes normativas tanto nacionales como internacional, *“Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el favor filii (...) No obstante, sentadas las bases que deben regir en todo momento nuestra actitud frente a la mentada cláusula*

⁷⁹ ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO”, Universidad de Barcelona, pág. 91. [en línea] <http://revistas.um.es/educatio/article/viewFile/153701/140741> [27 de mayo del 2013]

⁸⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de 1989.

general, sí que podemos trazar ciertas aproximaciones a cuál debiera ser su verdadera significación”⁸¹, por lo tanto tener en claro que elementos afectan realmente el desarrollo íntegro de los menores es una tarea compleja, pero que no debemos dejar de lado puesto que muchas veces se afectan de manera injusta la vida de las familias por motivaciones que en la práctica no afectan el Interés Superior del Menor, como en este caso en concreto lo es la orientación sexual de los padres.

3. Principio de Igualdad y No Discriminación:

Si bien entendemos que el Principio de Igualdad y el Principio de No Discriminación son diferentes, tratados dentro de la Carta Fundamental y en documentos internacionales⁸² por separado, es menester señalar que parte de la doctrina entiende el estudio de estos de manera conjunta, de momento que la vulneración del primero acarrea como consecuencia la vulneración del segundo, siendo una problemática de causa y efecto.⁸³

En base a nuestro Derecho, el Principio o Derecho Fundamental de Igualdad, se encuentra contemplado dentro de nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 2, que señala en su inciso segundo *“ni la ley ni autoridad alguna podrás establecer*

⁸¹ ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO”, Universidad de Barcelona, pág. 93. [en línea] <http://revistas.um.es/educatio/article/viewFile/153701/140741> [27 de mayo del 2013]

⁸² O'DONNELL DANIEL, “DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, *“El primer artículo de la Declaración, con un enfoque ius naturalista, declara que las personas “nacen” iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona “tiene” derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción. La relación entre los dos artículos sugiere que la idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las características mencionadas es una consecuencia de la idea reconocida en el primer artículo, en el cual todas las personas son iguales.”*

⁸³ O'DONNELL DANIEL, “DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, pág. 917 y 918 *“La jurisprudencia universal sobre esta cuestión se encuentra en proceso de evolución. Las decisiones adoptadas hace algunos años tendían a utilizar el singular al referirse a “El principio de no discriminación y la igualdad ante la ley” o “el derecho de la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación”. No obstante, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley”*. Pág. 917 y 918.

*diferencias arbitrarias*⁸⁴, el cual contiene estos dos principios que son de diferente aplicación, pero enfocados hacia una misma temática.

Es así también, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 1.1 señala que *“es obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos, sin discriminación alguna”*⁸⁵, por lo tanto en palabras de esta misma convención *“todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención, es de per se incompatible con la misma”*⁸⁶. En base a esto, esta misma Corte Internacional estableció que la orientación sexual de una persona es un derecho protegida por esta misma Carta, bajo el término *“otra condición social”*⁸⁷ del mismo articulado, de lo que se deriva, que *“ninguna norma, decisión o practica de derecho interno (...) pueden disminuir o restringir los derechos a partir de su orientación sexual”*⁸⁸, relacionando de manera directa e inmediata el Principio de Igualdad con el de No Discriminación, en caso concreto sobre la Identidad de género u orientación sexual.

a) Principio de la Igualdad:

El principio de Igualdad, como ya se señalaba anteriormente, se encuentra dentro de la Constitución Política de la República dentro de su artículo 19 N°2 como el *“derecho de Igualdad ante la Ley”*, contemplando dentro de sí que todas las personas son iguales en derecho y no se puede ejercer la discriminación de carácter arbitrario.

Por su parte, este principio es recogido dentro normas de carácter internacional, encontrando su nacimiento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, inspirada en la declaración de la Independencia de Estados Unidos en 1776, plasmándose definitivamente en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 1 señalando *“Todos los seres humanos nacen libres iguales en dignidad y derechos y,*

⁸⁴ CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile, artículo 19 N°2 inciso segundo.

⁸⁵ COSTA RICA, CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, artículo 1.1

⁸⁶ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

⁸⁷ COSTA RICA, CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, artículo 1.1

⁸⁸ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁸⁹, complementándose en su artículo 2.2 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁹⁰, reafirmandose en este mismo sentido dentro de la Convención de los Derechos del Niño, que “Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁹¹

Estas declaraciones de carácter internacional, son adoptadas en su forma por las Cartas Fundamentales de distintos países latinoamericanos, pero en su sola materialidad no lograrán su objetivo si no están debidamente acompañadas por políticas públicas basadas en restringir la discriminación de las minorías.

b) Principio de no Discriminación:

Como ya se señaló anteriormente, este principio nace como consecuencia del Principio de Igualdad, pero tiene un tratamiento independiente en la normativa legal, por lo tanto, para analizarlo es necesario entender ¿qué es la discriminación?

De manera general, LARAE define la palabra discriminar desde dos perspectivas, en primer lugar como “seleccionar excluyendo”, y en una segunda acepción como “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”⁹², o sea la primera reside en cuanto a una discriminación indirecta y la segunda en base a una discriminación directa, a la cual nos referiremos.

⁸⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, artículo 1. [en línea] <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> [19 marzo 2013]

⁹⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, artículo 2.2. [en línea] <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> [9 marzo 2013]

⁹¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de 1989.

⁹² LARAE “REAL ACADEMIA ESPAÑOLA”. (2001) Diccionario de la lengua española (22.a ed.) [en línea] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminar [13 enero 2013]

Por su parte, nuestra legislación actual señala la discriminación arbitraria como *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”*⁹³

Este concepto es además abordado por diferentes tratados de índole internacional, en los cuales de manera general se logra llegar al consenso que se debe entender restrictivamente como “No Discriminación”, aunque no logran definirlo como tal pero si contextualizarlo. Un ejemplo de esto, es La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU, que define la discriminación contra la mujer, señalándola como *“toda distinción, restricción o exclusión basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos o las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*⁹⁴.

Se logra entender la discriminación de manera más clara, en cuanto a una disposición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General N° 18, de 1989, señalando que esta es *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*⁹⁵. De esta manera esta Corte ha concluido que *“una diferenciación de trato que resulta*

⁹³ CHILE, MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO, LEY N°20.609 “Sobre las medidas contra la discriminación”, del 24 de julio del 2012, artículo 2.

⁹⁴ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Decreto promulgatorio N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile de 1989.

⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, en su Observación General N° 18, de 1989.

en el privilegio o la desventaja de una persona o sector de la población llega a ser legítima (aún cuando se base en un criterio de distinción prohibido), cuando reúne las siguientes características:

- i) Que sea aplicada en forma objetiva.*
- ii) Que obedezca a una justificación razonable.*
- iii) Que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida.*
- iv) Que se persiga un propósito legítimo en virtud del Pacto*

Y es en base a esto, pero de manera más precisa y concreta, como el Mensaje Presidencial con el que se inicia proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, denominado Boletín N° 3815-07, contempla en su artículo 3, la siguiente definición de discriminación *“Para efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual”*⁹⁶, destacando como criterio de discriminación la distinción de personas homosexuales.

De manera general, diversos países han incluido en sus Cartas Fundamentales la orientación sexual como criterio en el cual se prohíbe la discriminación, lo cual en Chile ha comenzado a realizarse pero de manera paulatina, principalmente luego del caso de la jueza Atala Riffo, esperando que este logre cada vez un mayor impulso para tener más aceptación en el Congreso Nacional.

Es en este mismo sentido que el bullado caso de la muerte del joven Daniel Zamudio marcó un alto precedente en esta temática, apoyado por las diferentes organizaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, pronunciándose sobre esto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de marzo del 2012 señalando *“La CIDH condena enérgicamente este ataque y cualquier hecho de violencia contra las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexuales. La violencia contra una persona por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género es condenable en*

⁹⁶ CHILE, Mensaje N° 315-352 con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, ingresado a la Cámara de Diputados el 22 de marzo de 2005.

*toda circunstancia*⁹⁷, dirigiéndose duramente contra las acciones que se basen en discriminaciones por la orientación sexual de las personas, incitando por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Gobierno chileno tomar las medidas necesarias para legislar sobre el tema, dictándose así el 24 de julio del 2012 la Ley N° 20.609 que establece las medidas contra la discriminación, señalando en su artículo 1 que *“Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*⁹⁸

Por lo tanto, la discusión de esta ley, que llevaba años entrampada en el Congreso Nacional, logró su dictación para reconocer la discriminación arbitraria contra las personas con orientación sexual diferente y darle protección a estos por medio de los órganos de la Administración del estado que corresponda, entendiendo esto como un gran paso para la igualdad de estas personas en el trato jurídico.

II. Análisis caso jueza Karen Atala Riffo como jurisprudencia relevante:

Luego de entender todos los alcances legislativos o normativos, de índole nacional e incluso internacional, que causan la problemática en cuanto a los temas relacionados con las minorías sexuales, podemos destacar un caso muy bullado que se discutió en los tribunales nacionales y luego por su gran grado de importancia, en los tribunales internacionales, dictando una resolución que marcó la jurisprudencia en un sentido positivo para nuevas legislaciones.

⁹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, declaración del 29 de marzo del 2012. [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/034.asp> [30 de marzo del 2013]

⁹⁸ CHILE, SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO, LEY N°20.609 Sobre las medidas contra la discriminación, del 24 de julio del 2012, artículo 1.

1. Caso jueza Atala y el Principio del Interés Superior del Menor:

Ante el juzgado de Villarrica, concurre el caso de la jueza Karen Atala Riffo y su ex marido Jaime López, por el cuidado personal de sus tres hijas menores de edad, basándose de manera general en la ineptitud de la madre para la realización este derecho-deber, por motivos basados en su homosexualidad y la convivencia con su pareja del mismo sexo, a lo cual el demandante entiende, apuntaría a vulnerar el Interés Superior de sus tres hijas menores de edad, siendo en si, como lo señala la ley, una “causa calificada” para privarla como madre, de esta labor. En base a esto, la jueza subrogante del Juzgado de Villa Rica, Doña Viviana Cárdenas Beltrán señala “(...) *En forma previa es necesario precisar que este interés superior del niño no es un derecho por sí solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos. En materia jurisdiccional se trata de un principio especial que sirve para lograr una interpretación armónica que tenga como fin la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables, según lo expone la Jueza de Menores de San Bernardo, doña Alba Llanos Melussa, en su artículo “Interés Superior del Niño”, publicado en el Boletín N° 3 de la Revista del Instituto de Estudios Judiciales. En el mismo artículo expone que para determinar el sentido y alcance de la expresión “Interés Superior del Niño” es preciso tener en cuenta que el término “Interés” alude a un provecho, utilidad, ganancia, porque es el valor que en sí tiene una cosa; y en cambio, el significante “Superior” se refiere a lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa, aquello más digno respecto de otras cosas de menor aprecio y bondad. Teniendo presente lo anterior, es posible concluir que el principio del interés superior del niño cobra aplicación específicamente frente a una colisión de derechos cuyo ejercicio simultáneo resulta incompatible. Así es posible afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o síquica, a no ser separado de sus padres, a la identidad, a la no discriminación, son por esencia derechos de la más alta jerarquía que deben protegerse y privilegiarse cuando entren en conflicto con otros de menor jerarquía. Sin embargo, como se ha advertido, no se ha acreditado que la madre de las menores haya puesto en peligro el respeto de los referidos derechos de las menores, por lo que, en concepto de esta sentenciadora, el principio del interés superior del niño no ha sido vulnerado.*”⁹⁹

⁹⁹ JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA, año 2003. Considerando vigésimo séptimo de sentencia pronunciada el 29 de octubre de 2003 por doña Viviana Cárdenas Beltrán, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea]

La misma Corte, luego de señalar en el considerando décimo segundo señala que *"(...)el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, teniendo en cuenta el interés del hijo"*¹⁰⁰, y concluye que en la presente causa no se logra probar en los hechos en base a la homosexualidad de la madre y la convivencia con su pareja del mismo sexo interfieren negativamente en el Interés Superior de las tres menores, no otorgándole la tutela al padre.

La resolución dictada en primera instancia por no ser satisfactoria para Jaime López, fue Apelada, pero esta Corte confirmó la sentencia anterior, teniendo que recurrir a una última instancia donde se interpuso un recurso de queja donde la Corte Suprema si acogió y se le dio la tuición de las tres menores al padre. La Corte fundamento su decisión dando los siguientes argumentos:

- i) *"se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho";*
- ii) *"el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja";*
- iii) *La señora Atala "ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas";*
- iv) *"la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino,*

[http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de mayo del 2013]

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA, CUARTA SALA, año 2004. Considerando décimo segundo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de mayo del 2013]

configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas", y

- v) *"es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración."*¹⁰¹

Por lo tanto estima que "(...)constituyen ampliamente la causa calificada que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daño, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia"¹⁰², siendo así como se revoca el deber del cuidado personal de las tres menores a su madre y se le entrega a su padre.

2. ¿Qué entendemos por causa calificada?

Por lo tanto, en base a esta resolución, la pregunta que cabe formularse ahora es la siguiente: ¿puede considerarse la homosexualidad de uno de los padres como una causa calificada que afecte el interés del hijo y haga indispensable que se atribuya el cuidado personal al otro padre?

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, sentencia del 24 de febrero del 2012.

¹⁰² CORTE SUPREMA, CUARTA SALA, año 2004. Considerando décimo segundo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de mayo del 2013]

En base a esto, es la expresión de la norma “causa calificada” la que consecuencia el cuestionamiento en cuanto a la argumentación del juez para privar a la madre del derecho que por regla general se le es entregado en cuanto al cuidado personal de sus hijas, ya que esta frase es demasiado amplia y se atiene a la interpretación solamente del juez en cada caso concreto, pero teniendo como limitante principalmente el Interés Superior del Menor, entendiendo este principio como un determinante para dar las mejores opciones de desarrollo del menor en cuanto a su realización material y espiritual.

En este sentido, si se diera la tuición de las menores a su madre Karen Atala, se cumpliría con la promoción del Interés Superior de estas, de manera justificada en cuanto a su desarrollo normal en relación a lo material, pero la disyuntiva en el razonamiento del juez nace en cuanto al desarrollo espiritual de estas tres menores, puesto que ante su criterio vislumbra un cuestionamiento de moralidad en el hecho de que esta mujer conviva con su pareja homosexual, siendo esto un mal ejemplo de vida para las menores, influyendo negativamente.

Por lo tanto, podemos comprender que dejar a criterio del juez lo que se entiende como “causa calificada” es darle a esta frase un amplio entendimiento, no otorgándose siempre la correcta interpretación, es por esto que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que es necesario aplicar el artículo 42 de la Ley N° 16.618 “Ley de Menores”, haciendo referencia al artículo 226 del Código Civil, estableciendo en el presente caso concreto las causales 6 y 7, las cuales por los hechos del presente juicio se discute si son aplicables o no; estas son:

- a) Cuando se maltrate o “*dieren malos ejemplos*” al menor, o “*cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro a su moralidad*”, entendiendo esto como un peligro al Interés Superior del Niño, lo cual en la práctica no sucede puesto que los estudios psíquicos realizados por universidades apuntan que hay igualdad de condiciones en el aporte del desarrollo integral del menor por parte de padre heterosexuales tanto por padres homosexuales, no habiendo diferencia alguna, pasando a ser este razonamiento una forma más de discriminación.

b) Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material: En base a este caso, si bien se entiende que no es una inhabilidad material, puesto que la Corte Suprema lo define como *“riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como falta de alimentación, desarrollo de ambiente tóxico, u otro ambiente que afecte su integridad corporal”*¹⁰³, el peligro moral por su parte dice relación con el desarrollo de la conducta del menor por el ambiente en el que convive, para lo cual se necesitará acreditación de informes psíquicos de peritaje por parte del tribunal.

Es posible entender que la orientación homosexual de Karen Atala podría categorizarse dentro de la inhabilidad moral, entendiendo esto como un trastorno mental de envergadura tal que impida el cuidado personal del menor, por los efectos negativos de la convivencia, lo cual es cuestionable puesto que la orientación sexual diferente, como se señaló ya anteriormente en su definición, no es una patología mental, por lo que tampoco podría considerarse una “causal calificada”, no siendo procedente así el razonamiento del juez de la causa, en este punto.

En base a esto, el mismo Tribunal en la decisión de la resolución tubo boto minoritario en palabras de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H., los cuales señalan que *“el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un indispensable interés del niño”*¹⁰⁴, y agregan que *“(…) al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad —como lo ha requerido el padre sobre la base de*

¹⁰³ VIAL, JORGE, año 2000. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Derecho de Menores. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 38 y 39.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA, CUARTA SALA, año 2004. Considerando décimo segundo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de mayo del 2013]

apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.”¹⁰⁵

Por lo tanto, al examinar estas últimas estrofas es necesario destacar que para determinar aquellos que es “causa calificada” que vulnera el Interés Superior del Menor, hay que marcar los límites de la esfera de protección de este principio, o sea discernir ¿qué grado de vulneración a este interés del menor es aceptable para que se pueda llevar a cabo su correcto desarrollo personal?, logrando identificar que hechos influyen negativamente en su crecimiento integral como persona, y cuáles no.

En base a esto, la discusión se radicaría en ¿es la homosexualidad de la madre y su convivencia con su pareja del mismo sexo el hecho que radicaría el frustramiento del adecuado desarrollo social de las tres menores hijas de la demandada?, y en esto se enfoca una gran cantidad de estudios científicos que apuntan a la negativa de este razonamiento.

En mayor grado de estudio, podemos destacar en cuanto a la crianza de los menores, que las principales agrupaciones científicas y profesionales relacionadas con estos temas en Estados Unidos, como la Academia Norteamericana de Pediatría (AAP), la Asociación Médica Norteamericana (AMA), la Asociación Psiquiátrica Norteamericana (APA), la Asociación Psicoanalítica Norteamericana (APSA), la Asociación Psicológica Norteamericana (APA) y la Asociación Nacional de Trabajadores Sociales (NASW), sostienen que los padres con una orientación homosexual son tan aptos para la presente labor como los padres heterosexuales, sin hacer distinciones entre ellos, no habiendo ningún justificativo de carácter científico que respalde la privación de sus derechos fundamentales e inherentes en su calidad de padres.

En este mismo sentido, la Organización LESMADRES, sobre las maternidades lésbicas, ha respondido la mayoría de los cuestionamientos que se desarrollan en la sociedad, señalando:

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA, CUARTA SALA, año 2004. Considerando décimo segundo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de mayo del 2013]

- a) *“¿Pueden ser madres las lesbianas? Todas las mujeres tenemos derecho (o deberíamos tenerlo) a ser madres -o a no serlo según sea nuestro deseo; ejerciendo, además, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Como mujeres lesbianas, también, tenemos derecho a elegir la forma en la cual llevar adelante nuestra maternidad y la conformación de nuestra familia: en co-maternidad con nuestra pareja, como única madre, con algún amigo que tenga deseos de ser padre, etc. En cualquiera de estos casos, enfrentamos un desafío cultural: para las mujeres heterosexuales la maternidad es un mandato social (un deber) y para las mujeres lesbianas, la maternidad no está concebida como una posibilidad socialmente aceptada.*
- b) *¿Qué pasa si no hay padre? Hay quien tiene una madre y un padre, o sólo una madre, o sólo un padre, y hay también quien tiene dos madres, y quien tiene dos padres, o ninguno de los dos. Las familias, en la historia y en el mundo, tuvieron y tienen muchas configuraciones vinculadas siempre a lo cultural. La familia tradicional (mamá, papá y hijos) no es universal ni eterna. Fue creada en el mundo occidental en un cierto momento histórico, ligada a la necesidad de una cierta estructuración social para la imposición de un orden económico.*
- c) *¿Puede afectar a los hijos tener madres lesbianas? Sí, por supuesto. Como también afecta a las hijas y a los hijos tener madres y padres heterosexuales, bisexuales, judíos, protestantes, discapacitados. La situación de cada madre o padre siempre afecta de alguna manera a sus hijos, y ésta puede ser negativa o positiva. La discriminación existe y es tarea de todos comprometerse a revertirla. Suele debatirse la posibilidad de que nuestros hijos sean gays, lesbianas o trans: sería bueno preguntarse cuál sería el problema en ese caso. Muchas de nosotras nacimos y crecimos en familias con madres y/o padres heterosexuales y no somos heterosexuales”.*¹⁰⁶

Por otro lado, dentro de nuestro país, la psicóloga Verónica Undurraga expresa:

- a) *“Es falso que un niño que viva con su madre o padre homosexual va a presentar más confusiones respecto de su identidad sexual que un niño que viva con su progenitor heterosexual.*
- b) *Que se sobredimensiona el daño que la eventual estigmatización o discriminación puede producir en los hijos que viven con padres homosexuales.*
- c) *Que los malos hábitos que puedan presentar los niños no tiene comúnmente como causa la convivencia con su madre o padre homosexual, sino que normalmente proviene de las*

¹⁰⁶ LESMADRES, MATERNIDADES LESBICAS, Serie Lesbianas y Diversidad Familiar, Cuadernillo N°1, mayo del 2009, pág. 4-5.

tensiones y conflicto de lealtades que tiene el niño por las peleas de sus padres y por el hecho de la separación.

- d) *Que no existe ninguna evidencia de que la presencia de la pareja de la madre en el hogar en que vive el niño sea perjudicial para el hijo.*
- e) *Que no es cierto afirmar que un niño que viva con su madre o padre homosexual no tendrá un debido modelo de vida heterosexual, que sí tendría si la tuición la adquiere la madre/padre heterosexual. (...) La aplicación generalizada de este argumento en juicios de tuición sería por lo demás problemática, dado el gran número de hijos que se crían en familias mono parentales, que no tiene en su vida diaria, el referente paterno. Esta no ha sido la razón, sin embargo, para separar a los hijos del cuidado de sus madres. Por otra parte, considerando la forma en que la ley regula el régimen de comunicación que los hijos tiene con el padre que no tiene la tuición, el padre sí puede constituir un modelo masculino para sus hijos.*¹⁰⁷

Por lo tanto podemos entender que el voto minoritario que se expresó en virtud de la resolución ya señalada, es acertado para nuestro estudio, puesto que en base a estos análisis empíricos se logra entender la realidad más claramente de estas situaciones que si bien son normales no son de amplio reconocimiento social, por lo tanto entraríamos más bien en un conflicto de intereses donde se abordarían también Principios como la Igualdad y la No discriminación contemplados por nuestra Carta Fundamental de 1980 y numerables Tratados Internacionales vigentes en nuestro país.

3. Relación del Principio Interés Superior del Niño y el Principio de Igualdad y No Discriminación:

Si bien los principios de Igualdad y No Discriminación son de amplia aceptación tanto de forma internacional como dentro de nuestro país, y son principios de derecho ampliamente garantizados de manera constitucional, se constituye un conflicto intereses al

¹⁰⁷ UNDURRAGA, VERONICA, “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual”, Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO N° 3 y 4 del año 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. pág. 334.

contraponerlos con el Principio de Interés Superior del Menor, siendo este último el favorecido. Ante esto surge la problemática ¿la orientación sexual del progenitor puede ser considerada como factor determinante ante la atribución del cuidado personal del menor? Y a su vez ¿esta discriminación debe ceder ante el Interés Superior del Menor?

En base a estos cuestionamientos es que el presente caso ante la Corte Suprema de la jueza Atala señala en su considerando decimosexto que “(...)no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”¹⁰⁸. Es en relación a este pronunciamiento que el caso es llevado ante un tribunal internacional, puesto que si bien hay primacía del Interés Superior del Menor resulta erróneo contraponerlo al Principio de Discriminación basado en la orientación sexual del padre o madre en cuestión, puesto que estas no son excluyentes entre sí.

No obstante esto, en las mismas palabras de esta Corte, señala que “el objetivo general del Principio del Interés Superior del Menor, es en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso”¹⁰⁹, y para el desarrollo de este, la Convención de los Derechos del Niño establece que se requieren “cuidados especiales” hacia el menor. En base a esto, el presente Tribunal Internacional estableció, que los límites de la determinación de este Interés Superior del Menor en materia de su cuidado personal, se debe realizar en la base de una evaluación de los comportamientos parentales en concreto y sus secuelas negativas en el menor, en cuanto a daños reales y probados, no dando cabida a especulaciones, presunciones o estereotipos.

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA, CUARTA SALA, año 2004. Considerando decimosexto de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial, en relación al Anuario de Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 marzo del 2013]

¹⁰⁹ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

Por lo tanto, la sola referencia sin probar los daños o peligros en concreto atentaría contra la legalidad de este principio, y en este caso la orientación homosexual de la madre no puede verse desde la perspectiva de ser una restricción como derecho-deber del cuidado personal de estas, puesto que no está probada la afectación de este hecho hacia el Interés Superior de las tres menores, y por el contrario, como ya se señaló anteriormente, estudios científicos de carácter internacional establecen que este es un factor de discriminación arbitrario, puesto que no existe afectación alguna al desarrollo normal de los menores al verse expuestos a esta forma de convivencia.

Es así como La Corte consideró que *“no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”*¹¹⁰ y por otro lado se agrega, en base a la presunta discriminación social de las menores, que *“para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.”*¹¹¹ Así se entiende que las sociedades de hoy en día contemplan diversos cambios, ya sean culturales o legislativos, que apuntan a lograr desarrollos que incluyan todas las opciones de vida que se realizan en la misma, todo esto con el fin de que los Estados no corran el riesgo de legitimar formas de discriminación que vulneren los derechos humanos.

Es así como señala *“Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibile legitimar esa discriminación con el argumento de*

¹¹⁰ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

¹¹¹ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual”¹¹², logrando así dilucidar como se soluciona el presente conflicto de derechos, siendo esta discriminación de la orientación sexual de la madre un hecho que no constituye una razón probada para dañar el Interés Superior de las menores.

Es en base a todo esto que la Corte concluye señalando que la señora Karen Atala *“no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad”¹¹³*.

4. Resolución internacional:

Es en base a estos razonamientos, es que la Corte Interamericana de derechos Humanos, en sentencia del 24 de febrero del años 2012, establece que se acontece un trato discriminatorio y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar. No obstante esto, la presente corte aclara, que no corresponde como parte de sus labores ser una “cuarta instancia judicial”, motivo por el cual no le corresponde a esta establecer cuál es el hogar más idóneo para el desarrollo material y moral de las tres menores que se trata, ya que eso se basa en la apreciación de la prueba y la resolución de un juicio que corresponde en otra instancia.

Por otro lado, la presente sentencia declara lo siguiente: *Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado:*

1. *El derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo;*

¹¹² COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

¹¹³ COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, sentencia del 24 de febrero del 2004.

2. *El derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas;*
3. *El derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo;*
4. *Los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas;*
5. *El derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas, y*
6. *La garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo.*”¹¹⁴

Es en base a esto, que la Corte estableció que esta sentencia es un acto de reparación, ordenando al Estado de Chile que se tomen las medidas que se indican en la mismo documento, como lo son el brindar ayuda psicológica y psiquiátrica a los afectados, publicar la sentencia en el Diario oficial, realizar un acto público de reconocimiento en cuanto a la responsabilidad internacional en el presente caso, y por último en un grado de mayor importancia, implementar en un plazo razonable medios de educación en el sentido de los alcances de esta temática tanto para funcionarios públicos como judiciales, quedando esta sentencia como un precepto ejemplar de jurisdicción, a nivel nacional e internacional.

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, sentencia del 24 de febrero del 2012.

CONCLUSIONES FINALES:

En la medida que han transcurrido los siglos, se han hecho latentes los cambios sociales y culturales de diversas instituciones, lo cual a su vez se ha revelado en las creaciones, modificaciones y supresiones de normativas en el ámbito jurídico. En este sentido, la historia demuestra que el concepto de familia no está ajeno a estos cambios, siendo así como se desarrolló desde un ámbito plenamente restrictivo, conteniéndose en el matrimonio católico y la patria potestad exclusiva del marido, hasta la protección garantista de la Constitución Política de la República de todas las clases de familia, en base al derecho de la Igualdad y la No Discriminación.

No obstante esto, es incomprensible que sean nuestras mismas leyes, y principalmente las normas del Derecho de Familia, las que no contemplan estos principios, vulnerando aquello que nuestra Carta Fundamental garantiza por el hecho de ser la unidad social fundamental o nuestro “núcleo de la sociedad”, identificándola de manera general como un vínculo muy poderoso que une a determinadas personas, ya sea por razones biológicas o legales, pero siempre enmarcándose en lazos de cuidado y afecto en relación al desarrollo de sus miembros.

Entendiéndolo de esta manera, es que vislumbramos que las falencias de nuestras leyes de familia se radican en no abarcar las nuevas realidades de nuestro presente, puesto que la familia moderna se basa en cambios funcionales y estructurales, ya que independientemente de las personas que lo conforman, esta propende al desarrollo de cada uno de sus miembros, especialmente de los menores, puesto que estos se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad, a lo que el Estado y la leyes en este sentido los protegen ampliamente por medio del Principio del Interés Superior del Niño.

Al enfocarnos en este principio, es que nace la problemática al contraponerlo con el Principio de Igualdad y No Discriminación, ya que el primero tiene supremacía por sobre los otros dos, y se basa principalmente en los casos que señale la Ley de Menores señala, principalmente en sus numerales 6 y 7 *“Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”*, de manera que existe una amplia interpretación para estas situaciones, lo cual se entiende poco correcto de

momento que se puede entender de tan diversos sentidos que muchas veces vulnera los otros principios constitucionales que son de igual importancia.

Es así como se entiende, que no se justifica dentro de la protección del Principio de Interés del Niño que se vulnere el Principio de Igualdad y No Discriminación, en base a la temática del orientación sexual de los padres, ya que en primer lugar se atenta contra la esfera de libertad y privacidad que cada persona tiene y que nuestro Estado Democrático garantiza por medio del Principio de Liberalidad, de momento que la falta de oportunidades o las barreras existentes para ejercer los derechos de una persona, también constituye una forma de discriminación, y en segundo lugar, existe pruebas científicas que esta forma de vida no atenta contra los intereses, desarrollo íntegro y crecimiento del menor, sino más bien es un prejuicio que en nuestra sociedad ya no debería existir y de igual manera es momento que se completen a cabalidad los vacíos legales y el legislador materialice la protección de estas nuevas familias.

Es en base a esta realidad, que entendemos que las familias homosexuales existen, que son parte de nuestra sociedad, y que si bien son una minoría, requieren que sus derechos estén resguardados por las normas legales nacionales como también por aquellas internacionales, para que no existan problemáticas de discriminación hacia ellas por falta de conocimiento empírico y científico, puesto que las discrepancias se basan solo en especulaciones, y a su vez traen consigo graves consecuencias.

En relación con este estudio, podemos concluir que dentro de nuestra jurisdicción, jurisprudencia y doctrina nacional si existen las herramientas necesarias por medio de las cuales el Estado como órgano garante puede proteger los derechos de estas minorías, y más allá de esto, por medio de los tratados de carácter internacional que nuestro país es parte se debería propender al desarrollo, integración y amplia protección de estos mismo, entonces la pregunta que se suscita hasta hoy es ¿por qué no se protegen estas minorías de manera expresa dentro de nuestras leyes de familia ? y es por lo tanto, el desafío de nuestra sociedad actual y de las políticas presentes y futuras, asegurar una legislación que proteja en todas sus formas los derechos de familia de las personas con una orientación sexual diferente, propendiendo así al máximo desarrollo de sus miembros.

En este sentido, *“En la Declaración Universal de Derechos Humanos tanto en el artículo dos como en el séptimo, se consagra la plena libertad e igualdad entre personas y en referencia al matrimonio en su art. 16 establece que ‘Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.’”* Y agrega *“Como bien sostiene la accionante, el artículo no habla de hombres ‘con’ mujeres sino del derecho de los hombres ‘y’ las mujeres. Existen dos términos coordinados con una conjunción copulativa. Y por último, de los principios de Yogyakarta que son principios que se refieren a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, surge que todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e independientes y que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.”*¹¹⁵

Es así como en base a esta declaración, diversos países han aprobado una ley de igualdad civil, estos son los Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Francia (desde 2013) y el matrimonio universal es legal, además, en seis estados de los Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009) , New Hampshire (desde 2010), Washington, D.C. (en vigor desde 2010) También lo es en la jurisdicción de México D.F. (desde 2010).

¹¹⁵ ARGENTINA, TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N°2 DE LA PLATA, año 2010, pág. 7-8.

BIBLIOGRAFÍA

CUVI R, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2002. “El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos”. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

GALLEGOS PÉREZ, NIDIA DEL CARMEN, “LA TEORÍA DEL HECHO Y ACTO JURÍDICO APLICADA AL DERECHO FAMILIAR”, año 2006. Tabasco, Universidad Autónoma de Tabasco.

INFORME COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA (CNF), “diagnostico social en el año 1990” emitiendo un informe en 1993.

INFORME COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA, Capítulo IV “La Realidad de las Familias Chilenas Hoy”. Capítulo IV.

LESMADRES, MATERNIDADES LESBICAS, Serie Lesbianas y Diversidad Familiar, Cuadernillo N°1, mayo del 2009.

REVISTA CHILENA DE DERECHO, Chile, año 2009, volumen 36 N° 3.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE N° 2 “EL ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO Y SU CONSAGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”, Chile, año 2010.

RAMOS PAZOS, RENÉ, “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial Jurídica, primera edición, 1993, Santiago.

RAMOS PAZOS, RENÉ. “DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES E HIJOS DE FAMILIA”, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XX, 1999.

O'DONNELL, DANIEL, año 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

UNDURRAGA, VERONICA, “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual”, Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO N° 3 y 4 del año 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.

VIAL, JORGE, año 2000. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Derecho de Menores. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

LEGISLACIÓN NACIONAL:

CHILE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, Editorial Jurídica de Chile 2012.

CHILE, CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile 2012.

CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, LEY N° 19.947 “NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”, del 17 de mayo del 2004.

CHILE, MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO, LEY N°20.609 “Sobre las medidas contra la discriminación”, del 24 de julio del 2012.

CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, LEY N°16618 “LEY DE MENORES”, del 3 de febrero de 1967.

CHILE, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Decreto N° 830 de 1990, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño.

CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA DE LEY N° 19.947 NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL”.

CHILE, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY N°19.585 SOBRE LA FILIACIÓN”.

CHILE, MENSAJE N° 315-352 con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, ingresado a la Cámara de Diputados el 22 de marzo de 2005.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

ARGENTINA, Código Civil de la República Argentina, año 2007.

ESPAÑA, Código Civil de España, año 2005.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, PACTO

INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, del 3 de enero de 1976.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, de 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, de 1990, aprobada por el Congreso de Chile el 8 de enero del 2004, y entrada en vigor el 1 de julio de 2005, por el decreto promulgatorio N° 84, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, INFORME DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIO GENERAL, del 17 de noviembre del 2011, “Prácticas discriminatorias en la familia y la comunidad”.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS NACIONES UNIDAS, del 18 de diciembre del 2008.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de 1989.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION LESBIAN, GAY, AND BISEXUAL CONCERNS POLICY STATEMENTS, adoptado por “The American Psychological Association Council of Representatives” en enero de 1975.

AMSTERDAM, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE AMSTERDAM, del 16 de junio del 1997.

COSTA RICA, CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Decreto promulgatorio N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile de 1989.

MONTREAL, QUEBEC, CANADÁ, CONFERENCIA INTERNACIONAL DE MONTREAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LGTB, del 29 de julio del 2006.

NIZA, FRANCIA, PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE UNIÓN EUROPEA, CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, del 7 de diciembre del 2000.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS HUMANOS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

WASHINGTON D.C., ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Informe mundial sobre la violencia y la salud” del año 2002.

JURISPRUDENCIA:

CORTE SUPREMA. Sentencia de su Cuarta Sala, recaída en recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”. Pronunciado el 31 de mayo de 2004. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [13 de enero 2013]

JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. Sentencia de primera instancia recaída en juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”. Pronunciada en Villarrica el 29 octubre de 2003. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE [en línea] [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3_CHILE%20(1).pdf) [14 de febrero del 2013]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE: RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Pronunciada y publicada el 7 mayo de 2012 y promulgada el 24 febrero 2012. BUSCADOR BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039707> [15 de febrero del 2013]

ARGENTINA, TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N°2 DE LA PLATA, año 2010.

SITIOS WEB:

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, [en línea] <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil/> [22 de octubre del 2012]

CHILE, SENADO DE LA REPÚBLICA, “Una mirada distinta”, por Senador de Valparaíso Francisco Chahuán, del 15 de marzo del 2013. [en línea] http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130315/pags/20130315152318.html [13 de mayo del 2013]

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. [en línea] <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> [19 marzo 2013]

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO”, Universidad de Barcelona, [en línea] <http://revistas.um.es/educatio/article/viewFile/153701/140741> [27 de mayo del 2013]

LARAE “REAL ACADEMIA ESPAÑOLA”. (2001) Diccionario de la lengua española (22.a ed.). [en línea] <http://www.rae.es/rae.html> [29 de agosto del 2012]

RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL, [en línea] http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_spa_es.htm [21 de mayo del 2013]